

Sygn. akt: KIO 565/14

## WYROK

z dnia 7 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2014 r. przez **wykonawcę – Condite Sp. z o. o. Sp. komandytowo- akcyjna, ul. Piotrkowska 12, 25-510 Kielce** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Skarb Państwa – Świętokrzyski Urząd Wojewódzki, al. IX Wieków Kielc 3, 25-516 Kielce,**

przy udziale **wykonawcy – Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Kartel" S.A, ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego.**

### orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **Condite Sp. z o. o. Sp. komandytowo-akcyjna siedzibą w Kielcach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający: Skarb Państwa - Świętokrzyski Urząd Wojewódzki w Kielcach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Termomodernizacja budynków Świętokrzyskiego Urzędu Województwa w Kielcach wraz z wymianą oświetlenia wewnętrznego na energooszczędne oraz robotami towarzyszącymi”.

Odwołujący: Condite Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Kielcach wniósł odwołanie wobec czynności dokonanych przez Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „Kartel” S.A. (dalej jako „Kartel S.A.” lub „Wykonawca”) z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
2. dwukrotnym wezwaniu wykonawcy Kartel S.A. do złożenia tego samego dokumentu na tę samą okoliczność, mającym wpływ na wynik postępowania, mimo braku podstaw prawnych do dokonania ww. czynności;
3. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Kartel S.A. z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4. a w konsekwencji - wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Kartel S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Zarzucał Zamawiającemu, iż prowadząc postępowanie naruszył w szczególności przepisy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kartel S.A. z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez powtórne wezwanie wykonawcy Kartel S.A. do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego na okoliczność wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, pomimo wcześniejszego wezwania do złożenia tego dokumentu na tę samą okoliczność;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kartel S.A. z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
4. naruszenie art. 7 ust. 1 poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5. inne podniesione w treści odwołania.

W związku z powyższym wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert, a w konsekwencji:
- wykluczenia wykonawcy Kartel S.A. z postępowania,
- dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący został zakwalifikowany na drugiej pozycji w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu. Na skutek czynności Zamawiającego, Odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę zgodną z SIWZ został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W wyniku czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, Zamawiający, w dniu 24.01.2014 r., jako najkorzystniejszą wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę Kartel S.A. W wyniku uwzględnienia odwołań wniesionych przez Odwołującego oraz wykonawcę Unimax Sp. z o.o, Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i w konsekwencji powtórzył czynność badania i oceny ofert, informując w dniu 11.03.2014 r. o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Kartel S.A. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy, podlegającego wykluczeniu w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji oraz niewykazaniem niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również naruszył przepisy w zakresie dopuszczalności wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów.

Stan prawny

1. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kartel S.A. z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XI ust. 1 pkt 4 SIWZ, Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym co najmniej jedną osobą która będzie pełniła funkcję kierownika robót, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń (dalej w skrócie „roboty sanitarne”) oraz posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót (lit. c).

Celem potwierdzenia spełniania ww. warunku wykonawca Kartel S.A. złożył wraz z ofertą wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z dokumentami potwierdzającymi dysponowanie osobami stanowiącymi zasoby podmiotów trzecich.

Jako osobę wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika robót w specjalności instalacyjnej, wykonawca wskazał Pana C..... G....., a w zakresie podstawy dysponowania ww. osobą powołał się on na zasoby podmiotu trzeciego - Pana I..... M....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Instalacyjno-Budowlane

KOMPENS I..... M..... . W związku z powyższym wykonawca Kartel S.A. załączył do oferty oświadczenie ww. podmiotu, o oddaniu do jego dyspozycji zasobów w osobie kierownika robót - Pana G..... .

Powyższa okoliczność stała się przedmiotem odwołania ze strony wykonawcy Unimax Sp. z o.o. biorącego udział w postępowaniu, który zarzucił wykonawcy Kartel S.A. złożenie nieprawdziwych informacji z uwagi na fakt, że Pan C..... G..... pozostawał w terminie składania ofert pracownikiem Unimax Sp. z o.o., a zarazem nie był związany jakimkolwiek stosunkiem obligacyjnym z podmiotem udostępniającym zasoby na rzecz wykonawcy Kartel S.A. Na potwierdzenie powyższego Unimax Sp. z o.o. załączył dodatkowo pisemne oświadczenie Pana G..... o braku podstawy do dysponowania jego osobą przez ww. podmiot trzeci, tj. Usługi Instalacyjno-Budowlane KOMPENS ..... M.....

Zamawiający, powtarzając czynność badania i oceny ofert, wezwał dnia 4.03.2014 r. wykonawcę Kartel S.A. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie dysponowania kierownikiem robót w specjalności instalacyjnej - Panem C..... G..... w terminie składania ofert. W odpowiedzi wykonawca nie wyjaśnił wątpliwości, ograniczając się w tym względzie do ogólnikowego stwierdzenia, iż dysponował ww. osobą na podstawie przedłożonego oświadczenia podmiotu trzeciego. Jednocześnie stwierdził, że w dniu składania ofert dysponował również inną osobą wyznaczoną do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych, w związku z czym oświadczył, że dokonuje zmiany osoby wyznaczonej w ofercie do pełnienia ww. funkcji, składając na tę okoliczność zmieniony wykaz osób (wezwanie z dnia 4.03.2014 r. dotyczyło jedynie złożenia wyjaśnień). W zmienionym wykazie osób funkcja kierownika robót sanitarnych została powierzona Panu G..... P....., a jako podstawę dysponowania ww. osobą Wykonawca powołał się na zasoby tego samego podmiotu trzeciego - Usługi Instalacyjno-Budowlane KOMPENS I..... M....., przedkładając wraz z wykazem pisemne zobowiązanie tego podmiotu o udostępnieniu zasobów.

7 marca 2014 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Kartel S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wykazu osób, według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ „na podstawie którego (Zamawiający) będzie mógł uznać wykazanie przez Wykonawcę spełnianie warunku opisanego w rozdz. XI ust. 1 pkt 4 SIWZ”.

Zamawiający zaznaczył, że samodzielne uzupełnianie dokumentów przez Wykonawcę jest nieskuteczne i nie może rodzić żadnych skutków. Jednocześnie, określając zakres wezwania wskazał m.in., że „w przypadku osoby wykazanej w poz. 3 wykazu (tj. kierownika robót sanitarnych) Zamawiający uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, ponieważ nie może uznać, że Wykonawca dysponował osoba Pana C..... G..... w dacie składania ofert

W odpowiedzi wykonawca powtórnie złożył zmieniony wykaz osób (wskazując w poz. 3 Pana G..... P.....) wraz z dokumentami potwierdzającymi posiadanie przez ww. osobę odpowiednich uprawnień oraz poświadczoną za zgodność z oryginałem kopią zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów w osobie Pana P..... .

a) Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji w zakresie dysponowania osobą Pana G..... .

Działania Zamawiającego w zakresie powtórnego badania i oceny ofert cechują się pominięciem treści art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, w myśl którego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Działanie Zamawiającego, polegające na wezwaniu Wykonawcy w dniu 7.03.2014 r. do złożenia poprawionego wykazu osób, pomimo faktu, że Kartel S.A. złożył w tym zakresie nieprawdziwe informacje, uznać należy za niedopuszczalne i poczynione z pominięciem dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W konsekwencji, bezpodstawne było również uznanie przez Zamawiającego za dopuszczalną i prawidłową czynność zmiany osoby wskazanej w pozycji 3 wykazu osób przez Wykonawcę.

Pomimo powzięcia wiadomości o prawdopodobnym złożeniu nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Kartel S.A., potwierdzonych de facto w świetle wyjaśnień złożonych przez Kartel S.A., Zamawiający z jednej strony uznał, że Wykonawca złożył oświadczenie podmiotu trzeciego zawierające nieprawdziwe informacje, z drugiej zaś nie uwzględnił dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3, dążąc w sposób nieuprawniony do konwalidacji oferty Kartel S.A. poprzez wezwanie go do złożenia zmienionego wykazu osób.

Zamawiający bezkrytycznie przyjął przy tym lakoniczne wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie dysponowania osobą Pana G....., nie dokonując jakiegokolwiek dalszego badania zaistniałej sytuacji pod kątem złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania.

Wykonawca Kartel S.A. w złożonych wyjaśnieniach w żaden sposób nie odniósł się do zarzutu złożenia nieprawdziwych informacji, podniesionego w odwołaniu wykonawcy Unimax sp. z o.o., który legł de facto u podstaw wezwania do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Wykonawca ten nie zaprzeczył przy tym, że złożone w postępowaniu zobowiązanie podmiotu trzeciego zawierało nieprawdziwe informacje, jak również nawet nie próbował wykazać, że w terminie składania ofert dysponował osobą Pana G..... . Ograniczył się do lakonicznej deklaracji, że dysponował ww. osobą na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego, a jednocześnie stwierdził, że w dniu składania ofert dysponował również inną osobą mogącą pełnić funkcję kierownika robót sanitarnych, składając w ślad za powyższym stwierdzeniem zmieniony wykaz osób. W ocenie Odwołującego treść złożonych

wyjaśnień oraz fakt jednoczesnego złożenia nowego wykazu osób stanowi w istocie potwierdzenie, że wykonawca Kartel S.A. w rzeczywistości nie dysponował osobą Pana G..... w terminie składania ofert. Dodać należy, że Kartel S.A. nie wyjaśnił przyczyny złożenia dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje, jak również nie odniósł się do przedmiotowego pytania w kontekście ponoszenia winy za zaistniały stan rzeczy.

Odpowiedź udzielona Zamawiającemu jawi się jako sprzeczna wewnętrznie i niekonsekwentna, stanowiąc z jednej strony potwierdzenie dysponowania osobą Pana G....., z drugiej strony zaś przyznanie, że dysponowanie to nie miało miejsca, czego przejawem było złożenie zmienionego wykazu osób, z powołaniem innej osoby w pozycji 3 wykazu.

Wykonawca Kartel S.A., jako podmiot profesjonalny, miał (a w każdym razie powinien mieć) świadomość co do braku możliwości realnego dysponowania osobą Pana G....., a tym samym zawarcia w złożonym dokumencie nieprawdziwych informacji. Wykonawca ten pozostawał w stałej współpracy z podmiotem trzecim, na którego rzekome zasoby się powoływał.

Zamawiający w wezwaniu z dnia 7 marca 2014 r. wymaga złożenia wykazu osób celem potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i wprost zaznaczył, że uznaje, iż w odniesieniu do kierownika robót sanitarnych wykonawca Kartel S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wobec braku dysponowania Panem C..... G..... w terminie składania ofert.

Zważywszy iż Zamawiający nie dał wiary wyjaśnieniom Wykonawcy i uznał, że ten nie dysponował faktycznie osobą Pana G..... w terminie składania ofert, powinien był dokonać subsumcji zaistniałego stanu faktycznego na gruncie normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a w konsekwencji - wobec zaistnienia określonych w niej przesłanek - wykluczyć wykonawcę Kartel z postępowania.

Kartel S.A. nie przytoczył jakichkolwiek okoliczności mogących przemawiać za brakiem winy w złożeniu nieprawdziwych informacji.

Zamawiający uznał za potwierdzoną informację o braku dysponowania przez Wykonawcę wymaganym potencjałem kadrowym w terminie składania ofert na podstawie złożonego oświadczenia podmiotu trzeciego, z drugiej zaś strony nie wyciągnął jakichkolwiek negatywnych konsekwencji względem Wykonawcy, lecz dążył do konwalidacji jego oferty z pominięciem dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W zaistniałym stanie faktycznym zachowanie wykonawcy Kartel S.A. nosi cechy działania celowego i w pełni świadomego, co rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Należy mieć na uwadze, że złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane poprzez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy, nie może zostać uznany. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega więc uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia

b) Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kontekście złożenia nieprawdziwych informacji w przedmiocie dysponowania osobą Pana Puchały

Zarzut złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę Kartel S.A. rozciąga się dodatkowo na oświadczenie podmiotu trzeciego - Usługi Instalacyjno-Budowlane KOMPENS I..... M..... o oddaniu do dyspozycji zasobów w postaci osoby Pana G..... P....., powołanego w miejsce Pana G..... .

Kartel S.A., w ramach wezwania do wyjaśnień z dnia 4.03.2014 r. złożył zmieniony wykaz osób wraz z dokumentami towarzyszącymi, w tym m.in. zobowiązaniem podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji osoby Pana P..... . Dokument ten został złożony w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Wobec faktu, że zgodnie z SIWZ oświadczenie podmiotu trzeciego powinno być złożone w oryginale, Zamawiający wezwał w dniu 10.03.2014 r. wykonawcę Kartel S.A. do złożenia oryginału rzeczzonego zobowiązania podmiotu trzeciego. W związku z powyższym wykonawca Kartel S.A. złożył dokument pochodzący od podmiotu Usługi Instalacyjno - Budowlane KOMPENS I..... M....., datowany na dzień 20.11.2013 r.

Bliższe porównanie poświadczonej za zgodność kopii oświadczenia, złożonej w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7.03.2014 r. oraz oryginału dokumentu złożonego w związku z wezwaniem z dnia 10.01.2014 r. pokazuje jednak, że jest to de facto inny dokument. W szczególności, porównanie obu dokumentów pod kątem kształtu i umiejscowienia widniejącego na nich podpisu wskazuje jednoznacznie, że oświadczenie złożone w ramach wezwania z dnia 10.03.2014 r. nie jest oryginałem dokumentu złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7.03.2014 r.

Powyższe przemawia za uznaniem, że dokument złożony w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10.03.2014 r. został sporządzony na potrzeby wypełnienia obowiązku wynikającego z tego wezwania, przy czym widniejąca na nim data 20.11.2013 r. prawdopodobnie nie odpowiada faktycznej dacie sporządzenia dokumentu.

W konsekwencji posłużenie się ww. dokumentem stanowi w istocie złożenie nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dokument ten ewidentnie nie jest



bowiem deklarowanym oryginałem w stosunku do dokumentu złożonego wcześniej, a jednocześnie sam w sobie stanowi nieprawdziwą informację, wobec widniejącej na nim nieprawdziwej daty.

O „swobodnym” podejściu wykonawcy Kartel S.A. do kwestii rzetelności w zakresie dat widniejących na dokumentach składanych w postępowaniu świadczyć może m.in. złożony w odpowiedzi na wezwanie wykaz osób mających uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Mimo, że dokument ten posiada w stosunku do pierwowzoru inną treść, nadaną mu w wyniku wezwania z dnia 7.03.2014 r. w związku ze zmianami w zakresie pozycji 1 i 3, opatrzony został nieprawdziwą datą 20.11.2013 r., co w założeniu Wykonawcy ma potwierdzać fakt spełniania warunku udziału w postępowaniu w terminie składania ofert (tj. 21.11.2013 r.).

W świetle powyższego należy poddać w ogóle w wątpliwość fakt dysponowania przez Kartel S.A. osobą Pana P..... w dniu składania ofert. Za powyższym twierdzeniem przemawia to, że w terminie składania ofert Wykonawca ten dysponował w tym samym zakresie inną osobą, stanowiącą (rzekomo) zasoby tego samego podmiotu trzeciego. Z logicznego punktu widzenia nie sposób przyjąć za prawdziwe twierdzenia wykonawcy Kartel S.A. o dysponowaniu w terminie składania ofert oświadczeniami tego samego podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji dwóch różnych osób wyznaczonych do pełnienia tej samej funkcji, tj. kierownika robót branży sanitarnej na potrzeby tego samego przetargu. Należy bowiem mieć na uwadze, że oba oświadczenia dedykowane są w odniesieniu do tego samego przetargu. Fakt rzeczywistego dysponowania w terminie składania ofert dwiema osobami w tożsamym zakresie, jawi się zatem jako wysoce wątpliwy, zważywszy na brak potrzeby i logicznego uzasadnienia dla takiego rozwiązania, w szczególności, że jedynym wymogiem stawianym osobie wyznaczonej do pełnienia funkcji kierownika robót w branży sanitarnej było posiadanie stosownych uprawnień oraz 5-letniego doświadczenia zawodowego. Fakt, że oba zobowiązania pochodzą od tego samego podmiotu trzeciego, podważa ich dodatkowo wiarygodność w kontekście faktycznego dysponowania obiema osobami w dacie składania ofert.

Konkludując, wykonawca Kartel S.A. złożył nieprawdziwe informacje w przedmiocie dysponowania osobą Pana G....., a następnie ponownie złożył nieprawdziwe informacje przedstawiając inne oświadczenie tego samego podmiotu, niebędące oryginałem pierwotnego dokumentu, a więc sporządzone celowo na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i w tym celu opatrzone nieprawdziwą datą. W kontekście powyższego uznać należy, że wykonawca Kartel S.A. nie tylko nie dysponował w terminie składania ofert osobą Pana G....., ale również nie dysponował osobą Pana P.....

Niezależnie zatem od istnienia uzasadnionych wątpliwości w przedmiocie dysponowania osobą Pana P..... w terminie składania ofert, sam fakt złożenia dokumentu niebędącego w istocie oryginałem dokumentu złożonego uprzednio, a zatem najprawdopodobniej antydatowanego, przemawia jednoznacznie za uznaniem, iż również w tym przypadku miało miejsce złożenie nieprawdziwych informacji, skutkujące, stosownie do art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, koniecznością wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

2. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kartel S.A. z powodu niewykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie poz. 3

Wskutek uznania przez Zamawiającego, że Kartel S.A. nie dysponował w terminie składania ofert osobą kierownika robót sanitarnych, Zamawiający wezwał go w dniu 7.03.2014r. do złożenia wykazu osób, „na podstawie którego (Zamawiający) będzie mógł uznać wykazanie przez Wykonawcę spełnianie warunku opisanego w rozdz. XI ust. 1 pkt 4 SIWZW odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca złożył zmieniony wykaz osób, w którym w pozycji nr 3, zamiast Pana G..... wskazał Pana P....., powołując się w zakresie podstawy dysponowania ww. osobą na zasoby podmiotu trzeciego - de facto tego samego, co poprzednio, tj. Usługi Instalacyjno - Budowlane KOMPENS I..... M..... W ślad za zmienionym wykazem osób złożył on dokumenty potwierdzające posiadanie odpowiednich uprawnień przez ww. osobę oraz pisemne zobowiązanie ww. podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów w postaci osoby Pana P..... .

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył oryginał przedmiotowego dokumentu (przy czym w rzeczywistości był to nowy dokument sporządzony bezpośrednio w związku z wezwaniem. Niezależnie jednak od kwestii złożenia nowego dokumentu, nieodpowiadającego wcześniej złożonej kopii, podkreślenia wymaga fakt, że czynność Zamawiającego w postaci wezwania Kartel S.A. do złożenia oryginału dokumentu nie znajduje podstawy prawnej i jako taka pozostaje sprzeczna z przepisami ustawy Pzp.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem organów orzeczniczych oraz doktryny, możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ulega wyczerpaniu w przypadku uprzedniego wezwania do złożenia tych samych dokumentów w związku z tą samą okolicznością. W analizowanym stanie faktycznym działanie Zamawiającego w postaci skierowania do Wykonawcy wezwania z dnia 10.03.2014 r. było zatem niedopuszczalne wobec faktu, że wykonawca ten został już wcześniej wezwany (w dniu 7.03.2014 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania odpowiednimi osobami.

Nie sposób przy tym podzielić stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym złożenie przez Kartel S.A. zobowiązania podmiotu trzeciego w ramach pierwotnego wezwania (z dnia

7.03.2014 r.) było pozbawione skutków prawnych i pozostawało bez wpływu na możliwość ponownego wezwania do złożenia tego samego dokumentu.

Należy bowiem zaznaczyć, że dokument potwierdzający dysponowanie daną osobą na zasadzie udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego pozostawał w ścisłym związku z wykazem osób, stanowiąc jego integralną część. Przemawia za tym zarówno charakter przedmiotowego dokumentu, jak również treść załącznika nr 6 do SIWZ - wykaz osób, który w swojej treści zawiera wyraźny nakaz przedstawienia wraz z wykazem pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego w przypadku powołania się na zasoby takiego podmiotu.

W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że wobec zmiany osoby wskazanej w pozycji 3 wykazu osób, na Wykonawcy ciążył obowiązek przedłożenia wraz z rzeczonym wykazem osób pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale, zgodnie z wymogami SIWZ. Wykonawca Kartel S.A. miał świadomość obowiązku złożenia wraz z wykazem dokumentu potwierdzającego dysponowanie nowo wskazaną osobą, wobec czego złożył przedmiotowy dokument. Wobec braku złożenia oryginału dokumentu uchybił on jednak ciężącym na nim obowiązkom w zakresie formy składanych dokumentów, a w konsekwencji nie wykazał spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Wobec faktu uprzedniego wezwania wykonawcy Kartel S.A. do złożenia wykazu osób w zakresie potwierdzającym spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wezwania wykonawcy w tym samym zakresie z uwagi na niewłaściwą formę złożonego dokumentu. Zgodnie z ugruntowanym poglądem, fakt złożenia dokumentów w niewłaściwej formie przesądza bowiem o braku możliwości ponownego wezwania do złożenia tych samych dokumentów wyłącznie z uwagi na formę, w jakiej zostały złożone. Jak wskazywała Izba w wyroku KIO 205/11, „W świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem, niemożliwe jest dwukrotne zastosowanie procedury określonej w ww. przepisie. Wady dokumentów przedstawionych na wezwanie zamawiającego ostatecznie przesądzą kwestię dalszego udziału w postępowaniu. Ponowne wezwanie należy uznać za dopuszczalne (a nawet konieczne) wyłącznie w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu Zamawiający nie wskazał precyzyjnie braków w złożonych dokumentach, co jednak w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Bezpodstawne było twierdzenie Odwołującego, że wezwanie z 19 listopada 2010 r. było wadliwe i powinno zostać powtórzone ze względu na fakt, że Zamawiający zaniechał wskazania na niewłaściwą formę pełnomocnictw. Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw odnosić się w wezwaniu do formy pełnomocnictw (...)

W kontekście powyższego, szczególną uwagę zwraca brak konsekwencji Zamawiającego w zakresie stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wezwaniu z dnia 10.03.2014 r. z jednej

strony wskazuje on bowiem, że samodzielne złożenie dokumentu przez Wykonawcę jest nieważne i nie wywołuje żadnych skutków prawnych, z drugiej zaś strony wykorzystuje fakt złożenia przez Wykonawcę pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7.03.2014 r. formułując na tym gruncie kolejne wezwanie odnoszące się wprost do formy przedmiotowego dokumentu. Pokazuje to w sposób obrazowy motywy działania Zamawiającego - niewątpliwie sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców.

Wezwanie z dnia 7.03.2014 r. w istocie wiązało się z obowiązkiem złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnianiu zasobów w zakresie nowo wskazanych osób w składanym wykazie. Co więcej, Zamawiający wezwał wyraźnie do złożenia wykazu osób w zakresie potwierdzającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu, co już samo w sobie implikuje stwierdzenie, że w przypadku wskazania nowej osoby w miejsce poprzedniej, na Wykonawcy ciążył obowiązek, a zarazem ryzyko złożenia odpowiednich dokumentów, w tym ewentualnie oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego, celem potwierdzenia spełniania przedmiotowego warunku.

Zamawiający, w wezwaniu z 7.03.2014 r., ograniczył się w zakresie pozycji 3 wykazu osób do stwierdzenia, że Kartel S.A. nie dysponował na dzień składania ofert kierownikiem robót sanitarnych, a zatem nie spełniał warunku udziału w postępowaniu, co w zaistniałej sytuacji w zasadzie przesądzało o konieczności powołania w tym zakresie, w miejsce pierwotnie wskazanej osoby, innej osoby, względnie przedstawienia innego dowodu dysponowania Panem G..... . Obie możliwości wiązały się jednak z koniecznością posłużenia się celem wykazania spełniania warunku oświadczeniem podmiotu trzeciego potwierdzającym dysponowanie osobą kierownika robót instalacyjnych (chyba że Wykonawca powołałby się na własne zasoby, co w zaistniałej sytuacji było mało prawdopodobne - czego Zamawiający miał świadomość).

Niezależnie jednak od powyższych rozważań, obowiązek złożenia wraz z wykazem osób zobowiązania podmiotu trzeciego w przypadku powoływania się przez wykonawcę na zasoby zewnętrzne, wynikał wprost z treści załącznika nr 6 do SIWZ, do którego odesłanie znalazło się w treści wezwania Zamawiającego z dnia 7.03.2014 r.

Zważywszy na powyższe, Kartel S.A. nie uczynił zadość wymaganiom w zakresie wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wobec przedłożenia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 7.03.2014 r. dokumentu potwierdzającego dysponowanie osobą Pana P..... w niewłaściwej formie, wobec czego powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

3. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy Kartel S.A. z powodu niewykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie DO/ 1

W rozdziale XI ust. 1 pkt 4 SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w tym co najmniej jedną osobą, która będzie pełniła funkcję kierownika budowy, posiadającą uprawnienia do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno- budowlanej bez ograniczeń oraz posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika budowy, w tym przy realizacji przedsięwzięcia termomodernizacyjnego co najmniej 3 obiektów o kubaturze nie mniejszej niż 15 000 m<sup>3</sup> każdy.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku Zamawiający wymagał załączenia do oferty wykazu osób, które będą uczestniczyły w wykonaniu zamówienia wraz z podaniem doświadczenia w powyższym zakresie. Na stronie 143 oferty, Wykonawca wymienił w ramach doświadczenia osoby wyznaczonej jako kierownika budowy, m.in. przebudowę części poddasza na blok operacyjny Szpitala Dziecięcego „Górka” w Busku Zdroju, określając kubaturę obiektu, którego dotyczyła modernizacja na poziomie 34 774 m<sup>3</sup>. Jak wynika z ogłoszenia o ww. zamówieniu, inwestycja obejmowała przebudowę jedynie części budynku o kubaturze 1769,5 m<sup>3</sup>. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, podana przez wykonawcę kubatura obiektu wykracza w większości poza zakres prac termo modernizacyjnych, a tym samym zamówienie to nie może być wykazane celem potwierdzenia posiadania przez osobę wyznaczoną na kierownika robót wymaganego doświadczenia.

Wskazane zamówienie nie spełnia zdaniem Odwołującego wymogów SIWZ, w związku z czym nie może być brane pod uwagę przy ocenie spełniania omawianego warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta stanowiła przedmiot odwołania wniesionego przez Odwołującego w dniu 3.02.2014 r.

Zamawiający, uwzględniając odwołanie, wezwał wykonawcę Kartel S.A. do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie. W odpowiedzi Wykonawca wyjaśnił, że prace wykonywane w ww. obiekcie dotyczyły wszystkich kondygnacji, w związku z czym kubatura wskazana w wykazie osób powinna w jego ocenie obejmować cały obiekt. Powyższe wyjaśnienie stoi jednak w oczywistej sprzeczności z informacjami wynikającymi z ogłoszenia o przetargu na ww. prace, w którym to zamawiający podał kubaturę obiektu objętego robotami stanowiącymi przedmiot zamówienia. Okoliczność ta, mimo iż została podniesiona w odwołaniu z dnia 3.02.2014 r., została na etapie badania ofert całkowicie pominięta przez Zamawiającego, jak i Kartel S.A., który w wyjaśnieniach w żaden sposób nie odniósł się do zaistniałych rozbieżności pomiędzy kubaturą obiektu wskazaną w ogłoszeniu przez zamawiającego, a podaną w wykazie przez Wykonawcę.

Co więcej, Zamawiający, uwzględniając odwołanie z dnia 3.02.2014 r., potwierdził de facto wyrażoną w nim przez Odwołującego interpretację opisu spełniania warunku dysponowania

osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do minimalnej kubatury obiektów objętych termomodernizacją, zgodnie z którą kubatura ta powinna odpowiadać rzeczywistemu zakresowi prac termomodernizacyjnych, a nie całkowitej powierzchni budynku. Odmienna interpretacja prowadziłoby bowiem do sytuacji, w której wykonawcy mogliby powoływać się celem wykazania spełnienia przedmiotowego warunku na prace obejmujące dowolnie niewielką część budynku, niezależnie od zakresu faktycznie wykonanych prac.

W analizowanym przypadku Zamawiający - mimo uwzględnienia odwołania - bezkrytycznie przychylił się do wyjaśnień Kartel S.A. w powyższym zakresie, przyjmując za dopuszczalne wykazanie kubatury całego budynku, pomimo że - jak wynika w sposób bezsporny z ogłoszenia o zamówieniu na przebudowę części poddasza na blok operacyjny Szpitala Dziecięcego „Górka” w Busku Zdroju - prace obejmowały jedynie część budynku o kubaturze 1769,5 m<sup>3</sup>.

Wobec faktu, że powołanie się przez wykonawcę Kartel S.A. w zakresie wykazania omawianego warunku na przebudowę części poddasza na blok operacyjny Szpitala Dziecięcego „Górka” w Busku Zdroju nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, Zamawiający naruszył przepisy ustawy poprzez brak respektowania postawionych względem wykonawców wymagań.

Niezależnie od powyższego, Kartel S.A. nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu wobec powołania się w zakresie doświadczenia osoby wyznaczonej na stanowisko kierownika budowy na zamówienia niestanowiące przedsięwzięcia termomodernizacyjnego.

Jak zaznaczył Zamawiający w rozdziale XI ust. 1 pkt 4 ppkt a) SIWZ, pod pojęciem „przedsięwzięcie termomodernizacyjne” należy rozumieć przedsięwzięcie, o którym mowa w art. 2 pkt 2 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz. U. z 2008 r., Nr 223, poz. 1459 ze zm.). Zgodnie z definicją zawartą w powołanej ustawie, za przedsięwzięcia termo modernizacyjne uznaje się przedsięwzięcia, których przedmiotem jest:

- a) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych:
- b) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, jeżeli budynki wymienione w lit. a, do których dostarczana jest z tych sieci energia, spełniają

wymagania w zakresie oszczędności energii, określone w przepisach prawa budowlanego, lub zostały podjęte działania mające na celu zmniejszenie zużycia energii dostarczanej do tych budynków,

c) wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów pozyskania ciepła dostarczanego do budynków wymienionych w lit. a,

d) całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie wysokosprawnej kogeneracji.

Zgodnie z przytoczoną definicją, z przedsięwzięciem termomodernizacyjnym w rozumieniu ustawy mamy do czynienia wyłącznie w odniesieniu do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych.

Okoliczność ta była przedmiotem odwołania z dnia 3.02.2014 r. W wyniku jego uwzględnienia Zamawiający wezwał w dniu 7.03.2014 r. wykonawcę Kartel S.A. do złożenia poprawionego wykazu, celem wykazania spełniania warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w odniesieniu do kierownika robót ogólnobudowlanych (poz. 1 wykazu osób). W odpowiedzi, Kartel S.A. złożył zmieniony wykaz osób, w którym wskazał w miejsce zanegowanych zamówień, zamówienia wykonane na innych budynkach, które w jego ocenie spełniają warunki określone przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, przedstawiając zmieniony wykaz osób, Kartel S.A. ponownie nie wykazał jednak spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednimi osobami. Podkreślić należy, że część zamówień wskazanych w ramach uzupełnienia wykazu, nie spełnia zdefiniowanego wyżej pojęcia „przedsięwzięcia termomodernizacyjnego”.

Zarzut ten odnieść należy do następujących obiektów:

- 1) Powiatowy Międzyszkolny Ośrodek Sportowy w Busku-Zdroju
- 2) Zespół Szkół Techniczno –Informatycznych w Busku Zdroju

Nieruchomości, na których położone są ww. obiekty, stanowią bowiem własność Skarbu Państwa, a nie samorządu terytorialnego, co przesądza o braku możliwości objęcia ich zakresem pojęciowym przedsięwzięcia termomodernizacyjnego. Powyższe wynika m.in. z aktualnych wypisów z rejestru gruntów, będących w posiadaniu Zamawiającego, oraz z ksiąg wieczystych nieruchomości.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że definicji tej nie spełnia również przebudowa części poddasza Szpitala Dziecięcego „Górka” w Busku Zdroju, który stanowi własność spółki Uzdrowisko Busko- Zdrój S.A., należącej w okresie realizacji zamówienia, na które powołuje

się Wykonawca, do Skarbu Państwa, co wynika z załączonego przez Wykonawcę zlecenia ww. spółki z dnia 10.09.2007 r.

W końcu, w ocenie Odwołującego, nie może być uznana za przedsięwzięcie termomodernizacyjne powołane w wykazie zamówienie na przebudowę, modernizację i wyposażenie Pińczowskiego Samorządowego CK w Pińczowie, co wynika z zakresu prac objętych przedmiotowym zamówieniem.

Zważywszy na powyższe, uznać należy, że pomimo zmiany wykazu osób przez wykonawcę Kartel S.A, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, nie wykazał on w sposób prawidłowy spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w zakresie poz. nr 1 wykazu osób. W konsekwencji Kartel S.A. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania, względnie oddalenie w całości.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania powołał art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp wskazując, że uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniach Condite sp. z o.o. SKA oraz konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Budowlane Unimax sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych Unimax S.A. (dalej „Unimax”), a następnie wykonał czynności zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach. Podkreślił, że jeśli nawet formalnie uwzględnia się odwołanie, art. 186 ust. 2 zd. drugie ustawy nie zobowiązuje zamawiającego do podjęcia w postępowaniu czynności oczekiwanych przez wykonawcę, jeśli czynności prowadziłyby do naruszenia materialnych przepisów ustawy pzp.

Odnosząc się do merytorycznych zarzutów odwołania zakwestionował stanowisko, że wykonawca Kartel złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie dysponowania osobą Pana G..... . Stwierdził, że złożenie nieprawdziwej informacji w myśl art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Stwierdził, że niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy) nie może być utożsamiane nieprawdziwą informacją mającą wpływ na jego wynik. Są to odrębne podstawy wykluczenia. Zauważył, że art. 24 ust. 2 pkt 3 znajdzie zastosowanie wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający będzie w stanie jednoznacznie dowieść, że złożona przez wykonawcę w konkretnych okolicznościach informacja jest nieprawdziwa i jako taka została świadomie złożona. Taka sytuacja w sprawie nie zachodziła zwłaszcza w kontekście załączonej przez przystępującego umowy od dzieło z 2.11.2012 r. W tych warunkach zamawiający zasadnie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy pzp i wezwał przystępującego w dniu 7.03.2014 r. do



złożenia wykazu osób. W tym trybie wykonawca był uprawniony do wskazania innych osób na potwierdzenie spełnienia wymogów podmiotowych.

Zamawiający uznaje, że oświadczenie z 20.11.2013 r. (uzupełniony wykaz osób) złożone w odpowiedzi na wezwanie z 10.03.2014 nie zawiera nieprawdziwych informacji. Brak jest dowodu co sporządzenia zobowiązania podmiotu trzeciego na potrzeby wezwania, jak i jego antydatowania. Zauważył, że w praktyce strony czynności cywilnoprawnej (zob. podmiotu trzeciego) sporządzają dokumenty w dwóch egzemplarzach dla każdej strony, a strona podejmująca zobowiązanie ma prawo zachować dla siebie egzemplarz.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że niemożliwe jest dysponowanie przez wykonawcę wybranego dwiema osobami w tym samym zakresie.

Stwierdził, że miał umocowanie, aby po uprzednim wezwaniu z 7.03.2014 r. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wezwać wykonawcę dnia 10.03.2014 r. do złożenia oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego ze względu na jego złożenie w niewłaściwej formie.

Zdaniem zamawiającego nie należy utożsamiać wykazu osób z zobowiązaniem podmiotu trzeciego, co wynika z treści art. 26 ust. 2b oraz § 1 ust. 1 pkt 7 rozp. PRM w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Stwierdził, że wezwanie z 10.03.2014 r. nie było zatem wezwaniem w tym samym zakresie, tego samego dokumentu, a ścisłość związku między określonymi dokumentami nie jest wystarczającą podstawą do ich utożsamiania.

Zakwestionował także zarzuty odwołania dotyczące własności obiektów oraz zakresu prac wykazanych przez przystępującego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp, gdyż odwołanie co do większości zarzutów powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem odwołania w tym samym postępowaniu, a zarzuty zostały uwzględnione przez zamawiającego w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 196/14.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i stwierdził, że jego oferta jest zgodna z siwz i przepisami ustawy pzp. Zakwestionował zarzuty odwołania wskazując na przebieg zdarzeń w toku kolejnego badania i oceny ofert prowadzonych przez zamawiającego. W szczególności stwierdził, że nie składał nieprawdziwych informacji w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i w wyniku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skutecznie wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W toku rozprawy uczestnicy podtrzymali stanowiska przedstawione na piśmie.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu. Podkreślił w szczególności zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji, wskazując, że zamawiający w takim zakresie uwzględnił zarzuty odwołania wniesionego przez wykonawców Unimax. Stwierdził, że ze względów proceduralnych zamawiający był zobowiązany zastosować art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże w ogóle tej kwestii nie oceniał w toku ponownej oceny ofert.

Podtrzymał zarzut nieuprawnionego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wzywianie wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Wskazał na formę i treść dokumentów złożonych przez wykonawcę w wyniku ponownego wezwania, co może rodzić wątpliwości w zakresie istnienia złożonego dokumentu przed terminem składania ofert. Wskazał na orzeczenie TSUE C336/12 Manova. Przypomniął sekwencję czynności zamawiającego w toku postępowania. Ponownie przypominała, że zamawiający uwzględnił odwołania, czego skutkiem były określone jego obowiązki.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Zauważył, że wykluczenia z powodu złożenia nieprawdziwych informacji winny wskazywać na celowość, winę i zamiar wykonawcy, a takich okoliczności wobec wykonawcy nie stwierdzono. Stwierdził, że prawidłowo zastosował procedurę wezwania i uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zauważył, że w tym trybie dopuszczalna jest zmiana osoby o wymaganych uprawnieniach i doświadczeniu. Stwierdził, że prawidłowo wezwał wykonawcę do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego w oryginale, który był odmiennym dokumentem od wykazu osób, pomimo ich związku funkcjonalnego. Stwierdził, że nie miał podstaw do kwestionowania formy uzupełniania dokumentu, w tym daty jego wystawienia. Złożył do akt kopie dokumentów na potwierdzenie własności jednostek samorządu terytorialnego oraz zakresu prac wykonywanych w odniesieniu do prac kwestionowanych przez odwołującego.

Przystępujący dodatkowo stwierdził, że przygotowując się do udziału w przetargach kompletuje ewentualne niezbędne oferty dotyczące podwykonawców, cen i osób, którymi może dysponować w ramach wymaganego potencjału. Taka też sytuacja miała miejsce w niniejszym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, wzięciu pod uwagę stanowisk stron i uczestnika wyrażonych na piśmie i do protokołu, treści dokumentów złożonych wraz z ofertą przez przystępującego, a także na wezwanie zamawiającego oraz

uwzględniając dokumentację postępowania odwoławczego w sprawach sygn. KIO 196/14 i KIO 199/14 zważyła, co następuje.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania, w tym nie uwzględniła wniosków zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy pzp. Uczestnicy ci wskazali na okoliczność uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania na podstawie art. 186 ust. 2 ustawy pzp w sprawie o sygn. akt KIO 196/14 zakończonej umorzeniem postępowania. Jak wynika z akt powołanego postępowania odwoławczego zostało ono umorzone postanowieniem z dnia 17 lutego 2014 r. z uwagi na cofnięcie odwołania przez odwołującego przed otwarciem rozprawy. Oświadczenie o cofnięciu odwołania zatem było podstawą umorzenia postępowania, a nie wcześniejsze w toku postępowania składane oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu zarzutów przy braku sprzeciwu przystępującego.

Odnosząc się do merytorycznych zarzutów odwołania stwierdzić należy, co następuje.

Ze względu na fakt, iż oświadczenie zamawiającego o uwzględnieniu zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, z uwagi na cofnięcie odwołania w sprawie KIO 196/14, stało się bezprzedmiotowe w rozumieniu art. 186 ust. 2 zdanie drugie, Izba nie oceniała, czy zamawiający miał obowiązek dokonania czynności żądanej w powołanym odwołaniu.

Odnosnie zarzutu zaniechania przystępującego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w kontekście informacji w zakresie dysponowania osobą Pana G..... należy zauważyć, że w toku prowadzonych czynności i w wyniku uzyskania informacji od innych podmiotów zamawiający stwierdził, że nie może uznać, iż wykonawca dysponował wskazaną osobą w dacie składania ofert. Dysponowanie było oparte na oświadczeniu podmiotu trzeciego udostępniającego osobę. W toku sporu wykonawców jeden z nich (nie uczestniczący w niniejszym postępowaniu) przedstawił oświadczenie ww osoby o braku zgody na wskazanie jej przez wykonawcę. W ocenie składu orzekającego taki przebieg zdarzeń nie uzasadnia twierdzenia o przedstawieniu przez wykonawcę (przystępującego) nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania w omawianym zakresie zakładając, że uznanie zajścia przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy może mieć miejsce przy stwierdzeniu świadomego, zamierzonego postępowania wykonawcy. W omawianych okolicznościach ewentualny zamiar i świadomość mógł co najwyżej dotyczyć firmy udostępniającej osobę, nie zaś wykonawcę pozostającego w dobrej wierze. Z tego względu zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania przez zamawiającego jest niezasadny.

Jednocześnie wobec niespornego dla stron i wynikłego ze zdarzeń wyżej wskazanych braku wykazania przez wykonawcę dysponowania osobą z uprawnieniami w zakresie robót sanitarnych zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę do uzupełnienia braku. Dokument taki został złożony, co jest okolicznością niekwestionowaną, jakkolwiek odwołujący poddaje w wątpliwość okoliczności jego sporządzenia. Poprawność dokumentu nie została jednak w ocenie Izby skutecznie zakwestionowana. Kolejna kwestia to ustalenie, czy zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów (tu zasobu w postaci potencjału osobowego) powinno być oceniane jako dokument tożsamy z wykazem osób. Pozytywna odpowiedź w tym zakresie prowadziłaby do wniosku o nieuzasadnionym więcej niż jednokrotnym zastosowaniem przez zamawiającego procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp. W ocenie składu orzekającego, także biorąc pod uwagę treść formularza „wykaz osób” stanowiącego załącznik nr 6 do siwz, w którym w razie deklarowania korzystania z zasobów udostępnionych (art. 26 ust. 2b ustawy pzp), należało przedstawić stosowne zobowiązanie z wykorzystaniem załącznika nr 8, powyższe dokumenty i zawarte w nich informacje jakkolwiek funkcjonalnie powiązane, nie powinny być traktowane jako dokumenty tożsame. Tym samym pozyskanie przez zamawiającego tych dokumentów, każdego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp było prawidłowe i nie naruszało utrwalonej zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy na określona okoliczność.

Ostatni zarzut dotyczący spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w r. XI ust. 1 pkt 4 siwz dotyczący doświadczenia w realizacji przedsięwzięcia termo modernizacyjnego o określonych parametrach w obiektach stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego jest ocenie składu orzekającego niezasadny. Zarówno zamawiający, jak i przystępujący wykazali dowodami na piśmie złożonymi do akt postępowania, że wykazane przez przystępującego realizacje spełniały przedmiotowy warunek siwz.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji mając na względzie ocenę, że zamawiający w toku czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....