

Sygn. akt KIO 491/15

WYROK
z dnia 27 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia COLAS Polska Sp. z o.o. w Pałędziach, Mosty Poznań Sp. z o.o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polbud-Pomorze Sp. z o. o. w Łącku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych PRInż - 1 Sp. z o.o. w Sosnowcu, KOMPLIDO Sp. z o.o. w Katowicach oraz ATA - TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo - Akcyjna w Budzynie zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Dolnośląskiej Służbie Dróg i Kolei we Wrocławiu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert z uwzględnieniem:

- zastosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów przez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Polbud-Pomorze Sp. z o. o. w Łącku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych PRInż - 1 Sp. z o.o. w Sosnowcu, KOMPLIDO Sp. z o.o. w Katowicach do uzupełnienia zobowiązań podmiotów na zasobach których wykonawcy polegają oraz przez udzielenie wyjaśnień co do terminu i należytego wykonania umowy powołanej dla wykazania warunków udziału w postępowaniu zawartej między Biurem Projektów Trasa Sp. z o.o. w Poznaniu a Generalną Dyрекcją Dróg Krajowych i Autostrad

Oddział w Poznaniu oraz uzyskanie wyjaśnień od Generalnej Dyrekcją Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu co do terminu i należytego wykonania tej umowy;

- wykluczenia z udziału w postępowaniu ATA - TECHNIK Sp. z o.o. Spółki Komandytowo - Akcyjnej w Budzynie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, oddała odwołanie w pozostałym zakresie;

2. kosztami postępowania obciąża Dolnośląską Służbę Dróg i Kolei we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia COLAS Polska Sp. z o.o. w Palędziach, Mosty Poznań Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Dolnośląskiej Służby Dróg i Kolei we Wrocławiu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia COLAS Polska Sp. z o.o. w Palędziach, Mosty Poznań Sp. z o.o. w Poznaniu kwotę 24 615 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy sześćset piętnaście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Dolnośląska Służba Dróg i Kolei we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „W formule „zaprojektuj i wybuduj”! "Przebudowa drogi wojewódzkiej nr 297 km ok. 74 + 300 - 90+300" w ramach zadania "Poprawa stanu infrastruktury drogowej poprzez przebudowę i remonty dróg w obszarze Dolnego Śląska w tym: Poprawa stanu infrastruktury drogowej poprzez przebudowę dróg wojewódzkich w obszarze korytarza drogi przedsudeckiej." Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2014/S 195-343734 dnia 10.10.2014 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2 marca 2015 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia COLAS Polska Sp. z o.o., Mosty Poznań Sp. z o.o. odwołanie 12 marca 2015 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący podniósł zarzuty wobec ofert Konsorcjum: Polbud-Pomorze Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych PRInż - 1 Sp. z o.o., KOMPLIDO Sp. z o.o., dalej jako „Konsorcjum Polbud” oraz ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna.

W związku z ofertą Konsorcjum Polbud odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia oferty w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, iż dysponuje potencjałem wskazanym w ofercie odnoszącym się do potencjału doświadczenia i wiedzy, bowiem przedstawione zobowiązania podmiotów trzecich nie spełniają wymogów określonych w SIWZ V pkt 5e) z uwagi na brak wskazania zakresu i sposobu udostępnienia potencjału - dotyczy zobowiązań Polimex-Mostostal S.A. (zobowiązanie z 1 grudnia 2014 r.) , DROMOST Sp. z o.o. (zobowiązanie z dnia 4 grudnia 2014 r.), Biuro Projektów Trasa Sp. z o. o. (zobowiązanie z dnia 4 grudnia 2014 r.);

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z uwagi na brak spełnienia warunku określonego w SIWZ w zakresie w jakim wykonawca posługuje się zasobami podmiotu trzeciego spółki Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. dotyczącymi wiedzy i doświadczenia albowiem spółka ta:

a) wykonała zamówienie do 28 marca 2011 r. a więc wcześniej niż przed upływem 3 lat (

zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp);

b) zamówienie zostało wykonane w sposób nienależyty;

c) przedmiotem zamówienia była aktualizacja projektu a nie wykonanie projektu.

względnie naruszenie art. 26 ust 4 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia na czym polegała aktualizacja projektu budowlanego lub art. 26 ust. 3 Pzp;

3. art. 7 ust. 1 Pzp przez uznanie spełnienia warunku udziału wykonania aktualizacji projektu budowlanego a nie całego projektu budowlanego, co mogło w sposób znaczący wpłynąć na ograniczenie zasad konkurencji i równości wykonawców.

W związku z ofertą ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółki Komandytowo-Akcyjnej odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wykluczenia wykonawcy pomimo podania w ofercie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania, w zakresie, w jakim oświadczyła, że nie należy do grupy kapitałowej oraz zataiła, iż droga wojewódzka nr 296 jest drogą klasy Z (klasy niższej niż wymagana przez zamawiającego) względnie naruszenie art. 26 ust 3 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty w tym zakresie;

2. art. 26 ust 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień lub dokumentu tj. listy grupy kapitałowej;

3. art. 26 ust 3 i 4 Pzp z uwagi na zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty i jej wyjaśnienia, w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu tj. wykonawca nie dysponuje potencjałem wskazanym w ofercie odnoszącym się do potencjału kadrowego oraz doświadczenia i wiedzy, bowiem przedstawione zobowiązanie podmiotu trzeciego nie spełnia wymogów określonych w SIWZ V pkt 5 e) z uwagi na brak wskazania w zobowiązaniu podmiotu trzeciego zakresu i sposobu udostępnienia potencjału oraz z uwagi na fakt, iż przedstawione referencje Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy odnoszą się do wykonania części dokumentacji technicznej na "budowę układu komunikacyjnego północno - wschodniej części obszaru metropolitalnego - połączenie drogi krajowej nr 80 z węzłem autostradowym Turzno na autostradzie A1" a referencje ZDW Zielona Góra dotyczą drogi klasy Z a więc niższej niż wymagana przez zamawiającego;

Odwołujący ponadto zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Polbud, pomimo że ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ jest oferta odwołującego i wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodów z:

- pisma z dnia 3 marca 2015 r. Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w zakresie wykonania dokumentacji projektowej przez spółkę Biuro Projektów TRASA Sp. z

o.o. na okoliczność braku spełnienia warunku przez Konsorcjum Polbud;

- z odpisów KRS: ATA-TECHNIK Sp. z o.o., Grupy Producentów Zbóż MALBA Sp. z o.o., AGRO-DANMIS GRAMOWSCY Spółka jawna, ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna na okoliczność, iż wykonawca ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna złożył nieprawdziwe oświadczenie w zakresie przynależności do grupy kapitałowej,

- umowy z dnia 8 października 2008 r. zawartej między Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy a Ove Arup & Partners International Limited Aspekt Sp. z o. o. wraz z aneksem nr 6, porozumienia w sprawie zasad rozwiązania umowy z dnia 12 maja 2014 r., notatki służbowej z dnia 13 maja 2014 r. na okoliczność nie wykonania przez ASPEKT Sp. z o.o. pełnej dokumentacji projektowej dotyczącej dokumentacji projektowej budowy układu komunikacyjnego północno wschodniej części obszaru metropolitarne-go-połączenie drogi krajowej nr 80 z węzłem autostradowym Turzno na autostradzie A1,

- referencji dla Pana R. S. oraz Istotnych Warunków Zamówienia na okoliczność, iż droga wojewódzka nr 296 jest drogą klasy Z.

2. unieważnienie wyboru oferty Konsorcjum Polbud;

3. nakazanie ponownej oceny ofert i wykluczenie oferty ATA-TECHNIK Sp. z o. o. Spółka Komandytowo-Akcyjna oraz oferty Konsorcjum Polbud na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3;

4. nakazanie wyboru oferty odwołującego;

9. zasądzenie kosztów procesu w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz kosztów dojazdu zgodnie z przedstawioną fakturą.

Wykonawcy ATA-TECHNIK Sp. z o. o. Spółka Komandytowo-Akcyjna oraz Konsorcjum Polbud przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący i przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska, a zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale IV ust. 2 SIWZ zamawiający wymagał, aby dla wykazania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia wykonawcy:

a) w okresie ostatnich 3 lat (a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert wykonał dwie dokumentacje projektowe (projekt budowlany

i projekt wykonawczy i/lub projekt budowlano - wykonawczy) w zakresie budowy i/lub przebudowy drogi klasy min. G lub wyższej (z obiektami mostowymi i infrastrukturą towarzyszącą - odwodnienie, energetyka i technika) o długości min. 4 km w każdym zadaniu; b) w okresie ostatnich 5 lat (a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie) przed upływem terminu składania ofert wykonał 1 zadanie w zakresie budowy lub przebudowy drogi klasy min G lub wyższej o wartości minimum 30 000 000,00 zł brutto obejmujące swoim zakresem budowę lub przebudowę obiektów mostowych i infrastruktury towarzyszącej - odwodnienie, energetyka i technika.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca zobowiązany był złożyć wykaz usług i robót budowlanych oraz dowody, że wykonał usługi w sposób należyty, a roboty budowlane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo je ukończył.

W odniesieniu do możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego zamawiający ustalił w rozdziale V ust. 5 lit. e SIWZ, że w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (oryginał) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wymagał, że treść musi wskazywać bezspornie i jednoznacznie na zakres zobowiązania innego podmiotu, określać czego dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób i w jakim okresie będzie ono wykonane.

W odpowiedzi Konsorcjum Polbud złożyło wykaz, w którym wskazało robotę budowlaną "Budowa odcinka autostrady A 1 od węzła "Sośnica" do węzła "Maciejów" (str. 10 oferty) wykonaną przez konsorcjum firm z udziałem Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie. Wraz z ofertą zostało złożone zobowiązanie Polimex-Mostostal S.A. w Warszawie z 1 grudnia 2014 r., w którego treści wskazano, że niezbędne zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostają oddane do dyspozycji Konsorcjum Polbud na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Jako sposób udostępnienia zasobów zostało wskazane pełnienie funkcji doradcy i konsultanta w trakcie realizacji zamówienia w oparciu o umowę cywilnoprawną - umowę współpracy z 1 grudnia 2014 r.

W wykazie usług Konsorcjum Polbud wskazało przebudowę drogi wojewódzkiej nr 297 etap III południowo - wschodnie obejście Bolesławca dł. 4 km; klasa drogi G wykonane przez DROMOST Sp. z o.o. w Poznaniu. Wraz z ofertą zostało złożone zobowiązanie DROMOST Sp. z o.o. z 4 grudnia 2014 r. (str. 25 oferty), w którego treści wskazano, że niezbędne zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostają oddane do dyspozycji Konsorcjum Polbud na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Jako sposób udostępnienia zasobów został wskazany udział w realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.

Konsorcjum Polbud powołało również kompleksową dokumentację aktualizacji projektu budowy zachodniej obwodnicy miasta Poznań w ciągu drogi S 11 od węzła Rokietnica do węzła Swadzim wykonaną przez Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. w Poznaniu wykonaną w okresie 29 kwietnia 2009 r. do 31 grudnia 2011 r.(str. 21 oferty). Wraz z ofertą zostało złożone zobowiązanie Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. w Poznaniu z 4 grudnia 2014 r. (str. 25 oferty), w którego treści wskazano, że niezbędne zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostają oddane do dyspozycji Konsorcjum Polbud na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Jako sposób udostępnienia zasobów został wskazany udział w realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa.

Dokumentem potwierdzającym należyte wykonanie zamówienia są referencje z 19 stycznia 2012 r., w której wskazano, że Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. w Poznaniu wykonało kompleksową dokumentację projektową polegającą m.in. na aktualizacji projektu budowy zachodniej obwodnicy miasta Poznań w ciągu drogi S 11 od węzła Rokietnica do węzła Swadzim. Wskazano, że w ramach zadania wykonano m.in. studium techniczno-ekonomiczno-środowiskowe II, aktualizację projektu budowlanego i wykonawczego w zakresie branży drogowej, branży mostowej, projekt tunelu pod drogą ekspresową, branży sanitarnej, melioracyjnej, branży energetycznej, telekomunikacyjnej, projekt zieleni, projekt budowlany ekranów akustycznych, dokumentację geodezyjną i przetargową (str.23).

ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna dla wykazania warunku w części dotyczącej usług powołała się na:

- wykonanie dokumentacji projektowej budowy układu komunikacyjnego północno-wschodniej części obszaru metropolitalnego - połączenie drogi krajowej nr 80 z węzłem autostradowym Turzno na autostradzie A1,
- wykonanie dokumentacji projektowej przebudowa drogi wojewódzkiej nr 296 relacji Łłowa - Ruszów wskazując w rubryce doświadczenie, wykonaną przez ASPEKT sp. z o.o. w Jaworznie. Wraz z ofertą zostały złożony dokument z 11 sierpnia 2014 r. wystawiony przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy, potwierdzający, że zamówienie zostało wykonane zgodnie z umową i porozumieniem z 12 maja 2015 r. na łączną wartość części drogowej i mostowej 1.245.000 zł. Złożono również zobowiązanie ASPEKT sp. z o.o. z 18 grudnia 2014 r. (str. 20 oferty), w którego treści wskazano, że niezbędne zasoby w postaci potencjału osób oraz wiedzy i doświadczenia zostają oddane do dyspozycji Konsorcjum Polbud na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Jako sposób udostępnienia zasobów został wskazany udział w realizacji zamówienia w ramach podwykonawstwa na podstawie umowy cywilnoprawnej.

Ponadto złożono wykaz osób, w którym w odniesieniu do 7 z 13 osób (projektanci w branży drogowej, mostowej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, teletechnicznej i geodezyjnej), wskazano jako podstawę dysponowania zobowiązaniem ASPEKT sp. z o.o. w Jaworznie.

Treść wymienionych dokumentów nie jest sporna.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zostało rozpoznane wg stanu prawnego obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania z pominięciem przepisów zmiany ustawy, która weszła w życie 19 października 2014 r.

Odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp z powodu nie przekazania zamawiającemu wraz z kopią odwołania dokumentów wskazanych jako dowody i załączonych do odwołania, które wpłynęło do Prezesa Izby.

Izba zważyła, że art. 180 ust. 3 Pzp nakazuje powołanie w odwołaniu okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Analogiczną regulację zawiera § 4 ust. 2 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964), który ponadto nakazuje odwołującemu wskazanie dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Dokumenty powołane przez odwołującego jako dowody zostały wskazane w treści odwołania. Zamawiający z treści odwołania uzyskał również wiedzę, jakich okoliczności mają dowodzić powołane dokumenty, zatem nie był ograniczony w możliwości przygotowania stanowiska w sprawie oraz powołania dowodów na twierdzenia przeciwne do stanowiska odwołującego. Wymaganie przekazania zamawiającemu kopii odwołania tak, aby mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania wynikające z art. 180 ust. 5 Pzp zostało spełnione.

Pogląd, że brak przekazania zamawiającemu dowodów załączonych do odwołania nie uzasadnia odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądów Okręgowych (*vide* wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 11 kwietnia 2013 r. XIX Ga 179/13 – www.zup.gov.pl).

Odwołujący spełnił przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z informacją o wyniku postępowania (k. 137) oferta odwołującego została oceniona jako trzecia w kolejności po uznanej za najkorzystniejszą ofercie Konsorcjum Polbud oraz ofercie ATA - TECHNIK Sp. z o.o.

Spółka Komandytowo-Akcyjna. Wskazywane przez odwołującego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia, zatem materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania zostały spełnione.

Odwołanie jest zasadne.

Zarzuty dotyczące zobowiązań podmiotów na zasoby których powołują się Konsorcjum Polbud i ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna.

Izba uznała, że zarzuty odwołania znalazły potwierdzenie w odniesieniu do Konsorcjum Polbud.

Zamawiający w SIWZ wykorzystując możliwość wynikającą z § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) zawarł wymagania co do sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu przy powołaniu się na zasoby innego podmiotu, a następnie dokonując oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia pominął te wymagania.

Zamawiający stracił z pola widzenia, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest wskazanym przykładowo w art. 26 ust. 2b Pzp środkiem dowodowym służącym ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, który - nie posiadając własnej zdolności do wykonania zamówienia - zamierza oprzeć się na zasobach innych podmiotów. Funkcją art. 26 ust. 2 b Pzp nie jest jednak umożliwienie wykonawcom wykazanie warunków udziału w postępowaniu, gdyż powołany przepis reglamentuje tę możliwość przez wykorzystanie zasobów przy wykonaniu zamówienia. Nie jest więc zgodne z przepisami ustawy dopuszczenie do oceny i wyboru oferty wykonawcy, który jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składa zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest mu niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zamierza zdać się na własne siły, które z punktu widzenia wymagań zamawiającego nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia (tak w wyroku KIO z 18 listopada 2014 r., KIO 2285/14 KIO 2328/14, www.uzp.gov.pl) Treść zobowiązania podlega zatem ocenie w kontekście realności, rzeczywistości udostępnionego potencjału przez podmiot trzeci, zwłaszcza w sytuacji, gdy owo zobowiązanie jest jedynym dokumentem, z którego wynika dostępność powołanych zasobów dla wykonawcy w czasie wykonania zamówienia.

Zamawiający zobowiązany jest więc do ustalenia, czy pomimo braku własnego

doświadczenia i wiedzy wykonawca posiłkujący się potencjałem podmiotu trzeciego, rzeczywiście uzyska jego wsparcie na etapie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia. Po stronie wykonawcy leży ciężar udowodnienia zamawiającemu rzeczywistego sposobu wykorzystania potencjału przy wykonaniu zamówienia, a więc z uwzględnieniem zakresu udostępnionego zasobu i specyfiki konkretnego zamówienia, co należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia (wyrok KIO z 29 listopada 2013 r. KIO 2654/13, z dnia 29.11.2013 r. www.uzp.gov.pl).

Izba zważyła, że badane zobowiązanie Polimex-Mostostal S.A., ani żadne inne dokumenty złożone wraz z ofertą nie konkretyzują założeń przyjętych w ofercie co do udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia przez Konsorcjum Polbud. Mimo, że zgodnie z aktualnym brzmieniem ustawy nie jest uzasadnione zawężanie udziału podmiotu w wykonaniu zamówienia wyłącznie do podwykonawstwa, to powołanie się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, który nie będzie podwykonawcą w zakresie w jakim udostępnił swe zasoby, powinno być badane szczególnie wnikliwie, tak aby uznając takie zobowiązanie za dostateczny środek dowodowy, zamawiający będzie mógł liczyć na wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię dostatecznej wiedzy i doświadczenia, koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia.

Ogólnikowa treść zobowiązania Polimex-Mostostal S.A. nie konkretyzuje zakresu udostępnionych zasobów i sposobu ich wykorzystania przy realizacji zamówienia. Nie wiadomo, czego mają dotyczyć projektowane konsultacje, ani w jaki sposób mają wpłynąć na zdolność Konsorcjum Polbud do wykonania zamówienia. Nie można też w oparciu o treść zobowiązania ustalić zakresu udziału podmiotu udostępniającego potencjał w realizacji zamówienia. Nie wskazano bowiem na te elementy przedmiotu zamówienia, przy których podmiot ten zobowiązał się wesprzeć wykonawcę. Ta informacja również nie płynie z treści oferty. Jediną informacją dodaną do treści warunku udziału w postępowaniu, była płynąca z oświadczenia o charakterze mającego łączyć strony stosunku, informacja o uzgodnieniu zawarcia umowy o współpracy.

Umowa ta nie została złożona wraz z ofertą zamawiającemu, lecz została dołączona przez Konsorcjum Polbud do akt sprawy na rozprawie. Izba nie uwzględniła jej w charakterze dowodu. Przedmiotem oceny w postępowaniu odwoławczym jest (stosownie do art. 180 ust. 1 Pzp) czynność lub zaniechanie zamawiającego badane w granicach okoliczności faktycznych i prawnych konstytuujących zarzuty odwołania. Umowy o współpracy z 1 grudnia 2014 r. Konsorcjum Polbud nie złożyło zamawiającemu, mimo że mogło i powinno to

uczynić, gdyż umowa nosi taką samą datę, jak ogólnikowe zobowiązanie. Izba uznała, że złożenie tej umowy dopiero na etapie rozprawy umowy potwierdza niewystarczającą treść zobowiązania i wadliwość czynności zamawiającego oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Polbud.

Zgodnym z ustawą działaniem zamawiającego powinno być wezwanie do uzupełnienia umowy o współpracy, czego zamawiający zaniechał, mimo że umowa ta była powołana w zobowiązaniu przez Polimex-Mostostal S.A.

Zbliżona ocena dotyczy zobowiązań Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. w Poznaniu oraz DROMOST Sp. z o.o. w Poznaniu, które nie precyzują zakresu podwykonawstwa. Informacji o zakresie podwykonawstwa nie sposób też wywieść z treści oferty.

Sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia nie może podlegać domysłom i dedukcji zamawiającego, gdyż wykazanie tej kwestii jest wyłącznym obowiązkiem wykonawcy (wyrok z 17 listopada 2014 r., KIO 2295/14, KIO 2305/14, www.uzp.gov.pl).

Istotne jest w tym zakresie, że oba podmioty (Biuro Projektów TRASA Sp. z o.o. w Poznaniu oraz DROMOST Sp. z o.o. w Poznaniu) zostali wskazani jako podwykonawcy dla sporządzenia dokumentacji projektowej. Tym bardziej zatem jest uzasadnione ustalenie przez zamawiającego, jaką część dokumentacji będzie wykonywał każdy z tych podmiotów. W konsekwencji zamawiający winien wezwać do uzupełnienia dokumentów stanowiących dowód na dysponowanie zasobami innych podmiotów przez Konsorcjum Polbud.

ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna prawidłowo wykazała spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez powołanie się na zasoby innego podmiotu.

Izba uwzględniła, że w art. 26 ust. 2b Pzp ustawodawca nie ograniczył środków dowodowych wykonawcy do przedstawienia „pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego”. W konsekwencji, wykonawca przedstawiając dowody na dostępność zasobów podmiotu trzeciego ma prawo do przedstawienia wybranych przez siebie dokumentów potwierdzających istnienie skutecznego zobowiązania podmiotu trzeciego względem wykonawcy do udostępnienia określonych zasobów.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów, Izba zważyła w tym aspekcie, że z wykazu osób złożonych wraz z ofertą wynika, że projektanci będący w dyspozycji ASPEKT Sp. z o.o. zostali wskazani we wszystkich branżach wymienionych w wykazie, gdzie powołane zostały również inni projektanci. Zatem żaden obszar prac projektowych nie został pozostawiony do samodzielnego wykonania przez ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółkę Komandytowo-Akcyjną, która nie posiada własnego doświadczenia w tym

zakresie. Mając na względzie, że przedmiotem podwykonawstwa ma być wykonanie dokumentacji projektowej a ASPEKT Sp. z o.o. jest jedynym podwykonawcą w tym zakresie, Izba uznała, że ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna otrzyma realne wsparcie w wykonaniu całości dokumentacji projektowej.

Badając wykazanie dostępności zasobów *ad casum* Izba uznała, że w przypadku prac projektowych nośnikiem wiedzy i doświadczenia danego podmiotu mogą być osoby znajdujące się w dyspozycji takiego podmiotu, które będą wykonywać czynności w postępowaniu w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia. W takim przypadku badanie zdolności wykonawcy powołującego się na zasoby innego podmiotu może objąć łącznie zarówno kwestię udostępnienia osób, jak i zasobów wiedzy i doświadczenia.

Powołanie się na zasoby ASPEKT Sp. z o.o. zostało udowodnione zamawiającemu zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp.

Zarzuty wobec Konsorcjum Polbud dotyczące umowy wykonanej przez Biuro Projektów Trasa sp. z o.o.

Zarzut zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu wykonania zamówienia przez Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. do 28 marca 2011 r. a więc wcześniej niż przed upływem 3 lat nie znalazł potwierdzenia.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu wykonawca składa wykaz wykonanych lub wykonywanych usług. Pod pojęciem wykonania usługi nie należy zdaniem Izby w sposób automatyczny rozumieć daty, w której wykonawca dokonał ostatecznej zasadniczej czynności do której był zobowiązany. Powołany przepis odwołuje się zdaniem Izby zasadniczo do wzajemnego wywiązania się przez strony umowy ze swoich zobowiązań. W tym zakresie miarodajny może być również czas, na jaki dana umowa została zawarta.

Izba zważyła, że z pisma Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z 3 marca 2015 r. powołanego przez odwołującego jako dowód w sprawie pisma wynika wyłącznie, że Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. przekazało ostatecznie opracowanie 28 marca 2011 r. Samo powołanie daty przekazania opracowania nie może podstawą do odmowy powołania się na wykonanie tej usługi, gdyż w przypadku prac projektowych bardzo często zdarza się zgłaszanie uwag i poprawek przez odbiorcę projektu. Trudno zatem uznać, że data przekazania opracowania jest równoznaczna z wykonaniem umowy i że wymóg wykonania usług w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert nie został spełniony.

Izba zważyła, że ocena, czy usługa powołana dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu została wykonana należycie, powinna być dokonywana z uwzględnieniem

zakresu zobowiązania wynikającego z umowy. Subiektywne przekonanie odbiorcy usługi, że otrzymane świadczenie ma wady, a wykonawca nie współdziałał w ich usuwaniu nie uzasadnia twierdzenia o nienależytym wykonaniu umowy.

Stwierdzenia zawarte w powołanym piśmie z 3 marca 2015 r., że projekt miał braki i wady, a Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. usuwało je opieszale i finalnie odmówiło współdziałania stoją w sprzeczności z referencją złożoną wraz z ofertą. Ponieważ wykluczające się oświadczenia pochodzą od tego samego zamawiającego i mają równą moc dowodową w postępowaniu odwoławczym (stanowią dowody z dokumentów prywatnych) Izba uznała, że wskazane rozbieżności powinny zostać wyjaśnione.

Konsorcjum Polbud na obecnym etapie nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, jednak pozytywna ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu budzi wątpliwości.

Całkowita bierność zamawiającego w ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może doznawać ochrony. Zamawiający wyraźnie oświadczył w toku rozprawy, że badał wyłącznie dokumenty złożone wraz z ofertą i nawet po wniesieniu odwołania nie miał wątpliwości co do prawidłowości swej oceny.

Zamawiający pominął, że celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest wyłącznie wybór oferty najkorzystniejszej po myśli ustalonych w ofercie kryteriów wyboru, ale wybór takiej oferty zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp). Nie ma wątpliwości, że wybór oferty wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza prawo, gdyż wykonawca taki po wyczerpaniu możliwości wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp podlega wykluczeniu, a złożona przez niego oferta nie może zostać oceniona.

Ustawa wyposażając zamawiających w narzędzia służące badaniu zdolności podmiotowej wykonawcy nakazuje jednocześnie wybór takiego wykonawcy, który będzie zdolny do wykonania zamówienia. Mając to na uwadze Izba nakazała zamawiającemu uzyskanie stosownych wyjaśnień od wykonawcy i wystawcy referencji. Dalsze czynności w postępowaniu uwarunkowane są treścią uzyskanych wyjaśnień.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu, że Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. wykonało jedynie aktualizację projektu, nie zaś projekt.

Podstawą oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia jest o opis warunków udziału w postępowaniu dokonany przez zamawiającego. W SIWZ zamawiający wymagał dwie dokumentacje projektowe dotyczące drogi klasy G z obiektami mostowymi i

infrastrukturą towarzyszącą - odwodnienie, energetyka i technika, zatem ustalił w treści warunku, które elementy prac projektu są dla niego relewantne. Oczekiwanie odwołującego, aby wykazane zostało wykonanie nowej dokumentacji geodezyjnej, dokumentację geologiczno inżynierską wraz z zatwierdzeniem projektu robót geologicznych, materiały do DOŚ (wniosek + raport DOŚ) oraz uzgodnienia branżowe (w tym ZUDP i inne) nie mają bezpośredniego oparcia w treści SIWZ.

Izba dostrzegła również, że w treści referencji zostały wprost wskazane elementy prac projektowych wykonane przez Biuro Projektów Trasa sp. z o.o. i wymagane przez zamawiającego w treści warunku.. Ponadto sam wystawca referencji wskazuje, że wykonano kompleksową dokumentację projektową. Lektura referencji wskazuje, na złożony charakter wykonanej usługi, który obejmuje zarówno prace aktualizacyjne jak i wykonanie projektu.

Izba nie dopatrzyła się zatem podstaw do uznania, że usługa ta nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, zwłaszcza, że do jej wykonania wymagane są takie same uprawnienia jak do wykonania projektu „od podstaw”.

Zarzut złożenia przez ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Zarzut zaniechania wykluczenia ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znalazł potwierdzenie w części dotyczącej doświadczenia wykonawcy. Powołany przepis ten nakazuje wykluczenie wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania.

Informacje nieprawdziwe to takie, które prezentują stan rzeczy niezgodny z rzeczywistością (szerzej na ten temat w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 5 kwietnia 2002 r. II CKN 1095/99; Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna, 2003, Nr 3, poz. 42). Przesłanka wpływu na wynik postępowania zostaje spełniona, gdy dana informacja ma znaczenie dla wyboru najkorzystniejszej oferty. Należy zatem przyjąć, że każda informacja od której zależy pozytywna ocena zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia (spełniania warunków udziału w postępowaniu) oraz stwierdzenie podlegania wykluczeniu z innych podstaw skazanych w art. 24 ust. 1 i 2 Pzp, a także dotycząca treści oferty w zakresie warunkującym ustalenie, że dana oferta nie podlega odrzuceniu oraz możliwości uzyskania przez nią najwyższej oceny, w zależności, czy dane postępowanie prowadzone jest w trybie jedno, czy wieloetapowym, ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

W wyrokach Sądów Okręgowych wydanych w latach 2012 i 2013 podnoszono, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie jest wystarczające złożenie

informacji niezgodnych z rzeczywistością mających bezpośredni lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. Z powołaniem się na wykładnię tego przepisu z uwzględnieniem brzmienia przepisów art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z 30 kwietnia 2004 r.) dalej jako „dyrektywa klasyczna” podnoszono, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić wyłącznie sytuacji, gdy złożenie nieprawdziwych informacji mających znaczenie dla wyniku postępowania nastąpi w warunkach winy umyślnej z zamiarem uzyskania zamówienia (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z 19 lipca 2012 r. sygn. akt: IV Ca 683/12, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 25 stycznia 2013 r., sygn. akt II Ca 1285/12, wyrok Sądu Okręgowego w Toruniu z 6 grudnia 2012 r. sygn. akt VI Ga 134/12, www.uzp.gov.pl).

Istotnie, art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE inaczej niż stanowi literalnie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołuje się do winy wykonawcy, który przez złożenie lub niezłożenie informacji poważnie wprowadził w błąd zamawiającego. Jednak, o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej oraz zamiaru bezpośredniego i ewentualnego (wyrok KIO z 11 lutego 2015 r., KIO 177/15, www.uzp.gov.pl).

Pogląd, że bezpodstawne jest uznanie, że za zawinione poważne wprowadzenie w błąd zamawiającego należy uznać jedynie umyślne działanie wykonawcy z wyłączeniem przypadków poważnego wprowadzenia w błąd w wyniku niedbalstwa wykonawcy został wyrażony przez Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej, www.uzp.gov.pl) w odniesieniu do rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; ze zm.) wobec takiego samego brzmienia podstawy eliminacji wykonawcy z postępowania. W odniesieniu już bezpośrednio do dyrektywy klasycznej podobne stanowisko zajęła Komisja Europejska w stanowisku w związku z pytaniami prejudycjalnymi zadanymi w sprawie C-387-14 (niepubl.), gdzie stwierdziła, że oceniając zachowanie podmiotu oświadczającego nieprawdę należy uwzględnić również poważne niedbalstwo z jego strony. Komisja stwierdziła jednocześnie, że wykluczenie wykonawcy nie może być automatyczne, gdyż powinno podlegać badaniu, czy wykonawca składający takie informacje ma powody przypuszczać, że są one zgodne z

prawdą.

Odnosząc przywołane zasady wykładni art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp do okoliczności sporu, Izba stwierdziła przede wszystkim, że informacje dotyczące klasy drogi, której projekt wykonał Aspekt Sp. z o.o. okazały się niezgodne z rzeczywistością. Dostrzeżono bowiem, że źródłem informacji o klasie tej drogi było wyłącznie oświadczenie ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółki Komandytowo-Akcyjnej zawarte w wykazie złożonym wraz z ofertą. Twierdzenie, że droga wojewódzka nr 296 relacji Iłowa – Ruszów jest drogą klasy Z, a nie drogą klasy G lub wyższej, której wymagał zamawiający zostało wykazane przez odwołującego.

Izba za wiarygodne uznała dwa dokumenty złożone przez odwołującego, referencje dla Pana R. S. oraz Istotnych Warunków Zamówienia, potwierdzające, że droga wojewódzka nr 296 relacji Iłowa – Ruszów jest drogą klasy Z. Uwagi podnoszone przez zamawiającego i przystępującego ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółki Komandytowo-Akcyjnej dotyczące rozbieżnych terminów wykonania umowy oraz nazwy nadanej temu zamówieniu nie odnoszą się do dowodzonej okoliczności klasy drogi i nie podważają spójnie wynikającego z nich faktu, że droga ta ma klasę Z.

Zamawiający i przystępujący nie powołali dowodów na twierdzenie przeciwne. Zamawiający podnosił formalną zgodność dokumentów złożonych wraz z ofertą a przystępujący wskazywał, że działał w dobrej wierze w zaufaniu do podmiotu udostępniającego zasoby.

Zachowanie przystępującego stanowi w ocenie Izby poważne niedbalstwo. Powaga niedołożenia należytej staranności przez ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółkę Komandytowo-Akcyjną wynika przede wszystkim z tego, że informacja dotycząca klasy drogi ma znaczenie dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia i gdyby nieprawdziwa informacja nie została złożona zamawiającemu, oferta przystępującego nie zostałaby dopuszczona do oceny. Wykonawca zostałby on wezwany do uzupełnienia dokumentów, a w razie nieuzupełnienia wykluczony z postępowania.

Po drugie, informacje dotyczące klasy drogi są publicznie dostępne i prawdziwość twierdzeń Aspekt Sp. z o.o. przystępujący mógł zweryfikować bez trudu przed złożeniem oferty.

Dobra wiara wykonawcy i ochrona zaufania między wykonawcą a podmiotem z nim współpracującym oraz między zamawiającym a wykonawcą musi ustąpić przed ochroną interesu publicznego, który wyraża się w dopuszczeniu do wykonania zamówienia wyłącznie podmiotów zdolnych do jego prawidłowego wykonania, czyli spełniających warunki udziału w postępowaniu.

Skoro podstawową zasadą zamówień publicznych jest równe traktowanie wykonawców i

uczciwa konkurencja między nimi, o czym stanowi art. 7 ust. 1 Pzp, nie można faworyzować, udzielając zamówienia, wykonawców, którzy działając w sposób niedbały, bez należytej staranności, oświadczając nieprawdę wprowadzili w błąd zamawiającego, kosztem tych wykonawców, którzy wymagania zamawiającego rzeczywiście spełniają.

Złożenie zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu ma charakter poważnego wprowadzenia w błąd zamawiającego, gdyż ich skutkiem jest nie tylko błędna ocena zdolności wykonawcy oraz również groźba nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości. Oferta złożona przez ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółkę Komandytowo-Akcyjną została uznana za najkorzystniejszą, nieprawdziwe informacje złożone przez przystępującego mają więc wpływ na wynik postępowania. Przesłanki zawarte w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp zostały spełnione a ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna podlega wykluczeniu bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Prezentowana wykładnia przesłanek zawartych w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp znajduje oparcie w powołanych stanowiskach Sądu Unii Europejskiej i Komisji Europejskiej. Jest wyrażana również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z 11 lutego 2015 r., KIO 177/15, www.uzp.gov.pl) oraz sądów powszechnych (wyroku Sąd Okręgowego w Krakowie z 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/XII niepubl).

Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z powodu złożenia oświadczenia dotyczącego grupy kapitałowej. W tej mierze Izba zważyła, że ciężar dowodu w zakresie istnienia podstaw wykluczenia spoczywa na odwołującym (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp), a odwołujący nie sprostął powinności dowodowej. Z odpisów z KRS ATA-TECHNIK Sp. z o.o., Grupy Producentów Zbóż MALBA Sp. z o.o., AGRO-DANMIS G. Spółka jawna, ATA - TECHNIK Sp. z o.o. Spółka Komandytowo - Akcyjna złożonych w charakterze dowodu istotnie wynika, że między istnieją powiązania kapitałowe i personalne. Jest to jednak niewystarczające dla stwierdzenia, że wszyscy przedsiębiorcy Ci tworzą grupę kapitałową. Pojęcie grupy kapitałowej na gruncie ustawy jest rozumiane w znaczeniu nadanym mu przez ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm), co wynika z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp. Art. 6 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wskazuje, że pod pojęciem grupy kapitałowej rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Odwołujący nie dowiódł tymczasem, że wymienione podmioty są kontrolowane przez

jednego przedsiębiorcę, nie wskazał nawet, który podmiot należy uznać za sprawujący kontrolę nad pozostałymi.

Nawet gdyby kwestia ta została należycie wywieńczona przez odwołującego, to dla ustalenia, że przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przesadzające znaczenie ma fakt, że żaden z podmiotów wchodzących w skład hipotetycznej grupy kapitałowej nie ubiega się o udzielenie zamówienia w badanym postępowaniu, nie zaszła więc niezbędna przesłanka wpływu na wynik postępowania. Dostrzec też trzeba, że art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp nakazuje wykluczenie wykonawców należących do grupy kapitałowej, którzy złożyli wnioski lub oferty w tym samym postępowaniu, jeśli nie wykażą, że istniejące między nimi postępowania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu, zatem nawet sam fakt konkurencji podmiotów z jednej grupy kapitałowej o zamówienia nie uzasadnia automatycznego wykluczenia ich z postępowania.

Zarzut dotyczący zaniechania wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganego doświadczenia przez ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółkę Komandytowo-Akcyjną.

Nie jest sporne, że umowa z 8 października 2008 r. zawarta między Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy a Ove Arup & Partners International Limited i Aspekt Sp. z o. o. dotycząca dokumentacji projektowej budowy układu komunikacyjnego północno-wschodniej części obszaru metropolitarne-go-połączenie drogi krajowej nr 80 z węzłem autostradowym Turzno na autostradzie A1 nie została wykonana w całości. Osią sporu jest ocena, czy częściowe wykonanie tej umowy, która została rozwiązana przez strony, może być uznane za należyte wykonanie usług odpowiadających warunkowi udziału w postępowaniu.

Izba zważyła, że dowody powołane przez odwołującego nie podważają prawdziwości i wiarygodności referencji złożonych wraz z ofertą. Z porozumienia w sprawie zasad rozwiązania umowy z dnia 12 maja 2014 r. oraz z notatki służbowej z dnia 13 maja 2014 r. wynika, że umowa została rozwiązana na mocy porozumienia stron, a projekt w części drogowej i mostowej został wykonany. Wykonawcy otrzymali wynagrodzenie stosownie do wykonanej części umowy.

W ocenie Izby wbrew twierdzeniom odwołującego, wykonane prace odpowiadają warunkowi udziału w postępowaniu, wymagania zamawiającego dotyczące zostały spełnione. W tym zakresie aktualne są uwagi do treści warunku udziału w postępowaniu poczynione powyżej.

Niewykonanie umowy w pozostałej części przekraczającej opis warunku udziału w postępowaniu oraz z przyczyn, które nie leżą po stronie wykonawcy, nie stanowi o nienależyтым wykonaniu umowy. Należyte wykonanie, o którym stanowi § 1 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów można w okolicznościach konkretnego przypadku odnosić do usług niezbędnych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zaś do umów zawierających te usługi, o ile niewykonanie tych umów nastąpiło z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności.

Zamawiający nie podejmując czynności, o których mowa w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w związku z umową dotyczącą dokumentacji projektowej budowy układu komunikacyjnego północno-wschodniej części obszaru metropolitarne-go-połączenie drogi krajowej nr 80 z węzłem autostradowym Turzno na autostradzie A1, nie naruszył przepisów ustawy.

Reasumując, zamawiający zaniechał wykluczenia ATA-TECHNIK Sp. z o.o. Spółki Komandytowo-Akcyjnej i wadliwie uznał, że Konsorcjum Polbud wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czym naruszył przepisy ustawy. Popelnione naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 4.615 zł z ograniczeniem kwoty wynagrodzenia do 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: