

Sygn. akt: KIO 2423/13

WYROK
z dnia 29 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **14 października 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Budimex Budownictwo Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów,**

przy udziale

wykonawcy **Bilfinger Infrastructure S.A.** z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50a, **02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Budimex Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Budimex Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Budimex Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz zamawiającego **Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, ul. Targowa 1, 35-064 Rzeszów** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych obejmujących budowę drogi od ul. Załęskiej do ul. Lubelskiej wraz z budową mostu na rzece Wisłok i rozbudową skrzyżowania ul. Rzęcha z ul. Załęską realizowane w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa drogi od ul. Załęskiej do ul. Lubelskiej wraz z budową mostu na rzece Wisłok«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **02.07.2013 r.** pod nrem **2013/S 126-215179**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **04.10.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50 A. 02-672 Warszawa;**
- 2) zaniechanie czynności wezwania wykonawców: **Bilfinger** do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca **Budimex Budownictwo Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł **14.10.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Bilfinger** – w sposób sprzeczny z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, w tym m.in. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Bilfinger i odrzucenia oferty tego wykonawcy z postępowania, mimo, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a także nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy **Bilfinger** z postępowania, mimo, że wykonawca ten złożył w ofercie nieprawdziwe informacje

mające wpływ na wynik postępowania w zakresie, w jakim oświadczył on, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem i osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w wykonaniu dokumentacji projektowej w zakresie budowy obiektu mostowego podwieszzonego, w sytuacji, gdy wykazane w ofercie obiekty mostowe były łukowe, co jednocześnie stanowi naruszenie **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 5 Pzp oraz art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp**, bowiem wykonawca **Bilfinger** nie potwierdził tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do należytego wykonania zamówienia;

- 2) **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz w związku z art. 22 ust. 5 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy **Bilfinger** z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał, że wiedza i doświadczenie wskazane w wykazie wykonanych usług jako potencjał udostępniony mu przez podmiot trzeci było przedmiotem zobowiązania tego podmiotu, a co za tym idzie, że w sposób realny dysponuje potencjałem przedstawionym w ofercie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- 3) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wybór oferty podlegającego wykluczeniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenie wykonawcy **Bilfinger** z postępowania, a następnie ponowny wybór najkorzystniejszej oferty, tj. wybór oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

1. Wykonawca Bilfinger w swojej ofercie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

a) nieprawdziwe informacje wykonawcy Bilfinger dotyczące wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia

Zamawiający w pkt 6.2.1.1 specyfikacji wymagał od wykonawców, aby wykazali się wykonaniem m.in. dokumentacji projektowej w zakresie budowy jednego obiektu mostowego **podwieszzonego** klasy A o długości przęsła min. 100 m.

Na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca **Bilfinger** w załączniku nr 3 do oferty – Doświadczenie – korzystając z doświadczenia podmiotu trzeciego na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp – oświadczył, że w ramach realizacji zamówienia dla Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu, którego przedmiotem było wykonanie nowego

przebiegu drogi krajowej nr 1 z mostem drogowym przez Wisłę w Toruniu, wykonano m.in. dokumentację projektową w zakresie „budowy obiektu mostowego (most drogowy przez Wisłę) podwieszanego klasy A o długości przęsła 270 m”.

Wykonany dla Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu most drogowy przez Wisłę nie jest mostem podwieszonym, ale mostem łukowym. Informacja ta jest powszechnie znana. Sam Zamawiający – Miejski Zarządu Dróg w Toruniu – na swojej stronie internetowej potwierdza ją definitywnie, prezentując przy tym zdjęcia z montażu poszczególnych łuków mostu (<http://www.mzd.torun.pl>).

b) nieprawdziwe informacje wykonawcy Bilfinger dotyczące wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami do wykonania zamówienia

W pkt 6.2.2.5 specyfikacji zamawiający wymagał od wykonawców, aby wykazali się dysponowaniem osoby na stanowisko „sprawdzającego branży mostowej”, która zgodnie z pkt 6.2.2.5 lit. b specyfikacji powinna „w opisie doświadczenia zawodowego wykazać się wykonaniem lub sprawdzeniem minimum dwóch dokumentacji projektowych w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy obiektów mostowych klasy A, w tym co najmniej jednego o konstrukcji podwieszanej”.

Na okoliczność spełnienia tego warunku wykonawca **Bilfinger** w załączniku nr 4 – Potencjał kadrowy – wskazał, że będzie dysponował osobą Pan Tomasz M.a i oświadczył przy tym, w opisie doświadczenia, że Pan Tomasz M. wykonał m.in.: „1. Projekt budowlany wykonawczy przebudowy **podwieszanego** mostu MA-337 w ciągu autostrady A-I, klasa obciążenia A – Sprawdzający”.

Informacja nie jest prawdziwa. Most MA – 337 w ciągu autostrady A-I, podobnie jak most drogowy przez Wisłę, nie jest mostem podwieszonym, ale mostem łukowym. Projekt mostu MA – 337 został zrealizowany w ramach zadania na wykonanie: „Wykonanie dokumentacji projektowej dla autostrady a 1 na odcinku Tuszyn – Pyrzowice”, Część I. nr referencyjny GDDKiA/DPR/2010/P/I/BP/Ce. Wykonany w ramach realizacji tego zamówienia projekt mostu: MA – 337, przewiduje, że most ten będzie mostem łukowym, nie zaś podwieszonym.

Wykonawca **Bilfinger** złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jak bowiem podnosi się orzecznictwie: „Informacje są nieprawdziwe, kiedy prezentują stan inny, niż w rzeczywistości. Co do zasady nieprawdziwe informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania, gdy ich złożenie przesądza o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu lub o możliwości uznania oferty za najkorzystniejszą (por. wyrok KIO z 20 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1424/11, w wyroku z 09 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 213/12,) KIO podkreśla nadto: »Polski ustawodawca określił te warunki, uznając, że „winnym poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji” jest ten, kto „złożył nieprawdziwe informacji mające wpływ lub

mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Oznacza to, że winą wykonawcy jest samo złożenie nieprawdziwych informacji, przy czym nie ma znaczenia, z jakich okoliczności ten fakt wynikał, a już w szczególności, czy była to wina umyślna, czy nieumyślna, gdyż znaczenie ma obiektywny fakt, że informacje są nieprawdziwe, a nie subiektywne o tym przekonanie wykonawcy. Co jest zresztą słuszne, bo trudno wyobrazić sobie prowadzenie przez zamawiającego śledztwa mającego ustalić stopień świadomości lub zawinienia wykonawcy w momencie składania danego oświadczenia«.

Nawet gdyby hipotetycznie założyć, że dla wykazania, że wykonawca **Bilfinger** złożył nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp konieczne byłoby stwierdzenie jego winy umyślnej, to nawet przy takim założeniu, doszło do złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę **Bilfinger**. Fakt, że wykonany dla Miejskiego Zarządu Dróg w Toruniu most drogowy przez Wisłę nie jest mostem podwieszonym, ale mostem łukowym, jest powszechnie znany. Jest to jedna z największych inwestycji mostowych tego typu w Polsce. Przy czym, co należy w tym miejscu podkreślić, wykonawca **Bilfinger** mógł tę informację w bardzo prosty sposób zweryfikować. Informacje na temat konstrukcji tego mostu są powszechnie dostępne w Internecie, m.in. na stronach zamawiającego. Toteż brak ich zweryfikowania stanowi o rażącym braku staranności ze strony wykonawcy **Bilfinger**, którą należy kwalifikować jako winę umyślną (por. wyrok KIO z 18 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1172/12).

W konsekwencji wykonawca **Bilfinger** powinien zostać wykluczony. Zważyć w tym miejscu należy, że zamawiający w przypadku wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, nie może wszcząć procedury z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Prawo zamówień publicznych nie dopuszcza możliwości zastąpienia przez wykonawcę nieprawdziwej informacji, informacją prawdziwą. Toteż złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania – zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest obwarowane bezwzględną sankcją w postaci wykluczenia wykonawcy.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO: wyrok z 14 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1415/11: Gdy wykonawca poświadczył nieprawdziwą informację, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp również jest niedopuszczalne, gdyż nie można zastąpić nieprawdziwej informacji, prawdziwą. Wyrok z 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11: „Jeżeli doszło do świadomego podania przez wykonawcę nieprawdy w toku postępowania, mogące mieć wpływ na wynik tego postępowania, to nie można jednocześnie twierdzić, że dokument zawierający takie nieprawdziwe informacje, zawiera błędy dotyczące braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, i wezwać takiego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do sprostowania tych nieprawdziwych informacji”.

2. Wykonawca Bilfinger w ofercie nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający powinien wykluczyć tego wykonawcę z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp

Zgodnie z treścią **pkt 6.2.1.1 specyfikacji** na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia każdy wykonawca musiał wykazać, że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej dwie dokumentacje projektowe w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy drogi (ulicy) klasy G lub wyższej o długości co najmniej 1 km każda i jednego obiektu mostowego podwieszono klasy A o długości przęsła min. 100 m”.

Dla wykazania spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu wykonawca **Bilfinger** posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku. Celem udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca **Bilfinger** będzie dysponował zasobami tego podmiotu, wykonawca **Bilfinger** przedstawił zobowiązanie tego podmiotu z 26.08.2013 r. Z zobowiązania tego nie wynikał jednak zakres, w jakim zasoby te będą udostępnione. Dlatego zamawiający pismem z 30.09.2013 r. wezwał wykonawcę **Bilfinger** – w trybie art. 26 ust. 4 Pzp – do złożenia w tym względzie wyjaśnień.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca **Bilfinger** w piśmie z 02.10.2013 r. oświadczył, że udostępniająca potencjał podmiot Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. – „weźmie udział w realizacji części zamówienia polegającej na wykonaniu prac projektowych w zakresie robót drogowych i branżowych” oraz złożył kolejne zobowiązanie tego podmiotu, wskazując, że zawiera ono powyższe doprecyzowanie.

Abstrahując od faktu złożenia przez wykonawcę **Bilfinger** nieprawdziwych informacji w odniesieniu do udostępnienia powyższego potencjału, odwołujący zarzuca, że ani pierwotnie załączone do oferty, ani uzupełnione 02.10.2013 r. pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie czyni zadość wymogom płynącym z art. 26 ust. 2b Pzp, a to z tej racji, że zobowiązania te nie wskazują, że podmiot trzeci udostępnił zasoby w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca **Bilfinger** w takiej sytuacji zobowiązany jest **udowodnić** zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów, **„aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia**, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi zostać złożone przez osobę uprawnioną (osoby uprawnione) do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie” (tak wyrok KIO z 25 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 326/13). Dlatego też „żadne istotne okoliczności w tym zakresie nie mogą być pozostawione domysłem” (tak wyrok z 8 maja 2013 r., sygn. akt KIO 953/13), a tym samym „zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów winno być konkretne, precyzyjne i winno jednoznacznie wskazywać sposób i zakres udostępnienia” (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 października 2012 r., sygn. akt KIO 2036/12). To bowiem na podstawie składanego przez podmiot trzeci zobowiązania zamawiający ma obowiązek zweryfikowania, czy wykonawca, który korzysta z zasobów podmiotu trzeciego, jest odpowiedni, tzn. czy spełnia określone kryteria i będzie naprawdę mógł wykorzystać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia, (podobnie wyrok ETS w orzeczeniu C-176/98, Hosta Italia, por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 22 marca 2012 r., sygn. akt KIO 466/12).

Stanowisko to w pełni potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 08 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 160/12, gdzie Izba wskazała, że „Dysponowanie [...] zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. **Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści w tym zakresie udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie”**.

Odnosząc to do stanu faktycznego rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że **oświadczenia złożone w ofercie przez wykonawcę Bilfinger nie dowodzą, że przedmiotem udostępnienia będzie wiedza w zakresie wykonania projektu „jednego obiektu mostowego podwieszono klasy A o długości przęsła min. 100 m”**. Z treści tych oświadczeń wynika, że podmiot Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. weźmie udział „w realizacji części zamówienia polegającej na wykonaniu prac projektowych w zakresie **robót drogowych i branżowych**, w charakterze podwykonawcy”. Nie wynika z nich zatem, w jaki sposób nastąpi udostępnienie zasobów w zakresie wykonania projektów mostowych, tj. nie wynika, że udostępnieniu będą podlegać wszelkie wskazane przez wykonawcę **Bilfinger** zasoby podmiotu trzeciego przez cały czas wykonywania zamówienia.

Z pewnością dowodem na udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania projektu „jednego obiektu mostowego podwieszono klasy A o długości przęsła min. 100 m”, nie może być wskazanie na udział podmiotu trzeciego w robotach „branżowych”. Pod tym pojęciem można rozumieć jakiegokolwiek roboty, w tym roboty pomocnicze względem robót drogowych. Użycie tego pojęcia nie gwarantuje, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi także w zakresie projektów obiektów mostowych o określonych ściśle parametrach. Kwestia ta nie może natomiast zostać pozostawiona domysłom.

Wykonawca **Bilfinger** – składając zobowiązania – podmiotu Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. – nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, bowiem nie udowodnił, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy wiedzy w zakresie „jednego obiektu mostowego podwieszono klasy A o długości przęsła min. 100 m”.

Z uwagi na to, że wykonawca **Bilfinger** był w tym zakresie wzywany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp i odpowiadając na nie, uzupełnił złożoną ofertę, przedstawiając kolejne zobowiązanie podmiotu trzeciego, brak ten powinien skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu powinny być uzupełniane na wezwanie zamawiającego po otrzymaniu wezwania od zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. (por. wyrok KIO z 6 września 2011 r., sygn. akt 1834/11). Niemniej jednak przyjmuje się, że złożenie przez wykonawcę dokumentu – bez wezwania zamawiającego albo na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, jak ma to miejsce w rozpoznawanym postępowaniu – powoduje brak możliwości wezwania wykonawcy przez zamawiającego – w tym zakresie – do uzupełnienia jego oferty w trybie art. 24 ust. 3 Pzp. Jak słusznie bowiem wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 15 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1169/11, „Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Izba uważa, że nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania jest pogląd odwołującego, że wobec faktu, że sam uzupełnił dokument, nie czekając na wezwanie zamawiającego, to może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów domagając się formalnego wypełnienia obowiązku zamawiającego. Niewątpliwie wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednakże ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy przez wykonawcę. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Wykonawca jednak samodzielnie, bez wezwania, składając dokument musi

przyjąć na siebie ryzyko, że złożony dokument nie będzie dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku. W wezwaniu bowiem do uzupełnienia dokumentu lub oświadczenia zamawiający wskazuje, co powoduje, że dokument złożony jest błędny, albo jakiego dokumentu brak we wniosku wykonawcy. Natomiast samodzielnie **wykonawca składając dokument taką wiedzą nie dysponuje i może jedynie domyślać się, w czym tkwi wadliwość złożonego przez niego wniosku. Jednak niedopuszczalne byłoby przyjęcie, że wobec braku wiedzy o stanowisku zamawiającego, wykonawca może wykorzystywać brak zakazu samodzielnego składania dokumentu w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz**”.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **14.10.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **15.10.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

18.10.2013 r. wykonawca **Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Domaniewska 50 A. 02-672 Warszawa** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) opinia prof. Jana Biliszczuka na wykazanie, że most w Kwidzynie jest mostem podwieszonym;
- 2) (dowód nr 2) ekspertyza prof. Kazimierza Flagi (ze strony internetowej) na wykazanie, że mosty extradosed są mostami podwieszanymi;
- 3) (dowód nr 3) obrazowe wykazanie różnych typów mostów na wykazanie, że mosty extradosed są typami mostów podwieszonych

i dowodu złożonego przez zamawiającego:

- 4) (dowód nr 4) pismo Skarbnika Miasta Rzeszowa w sprawie możliwości przeznaczenia odpowiednich kwot na realizację inwestycji

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Zamawiający podniósł w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 22.10.2013 r. i na rozprawie, że odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż różnice w poszczególnych ofertach cyt. »znacznie przekraczają

możliwości finansowe zamawiającego«. Zamawiający stwierdził, że już raz unieważnił postępowanie ze względu na brak odpowiedniej kwoty na sfinansowanie zamówienia. Jednak zamawiający unieważnił czynność unieważnienia postępowania i znalazł możliwość zwiększenia kwoty do wartości oferty wybranej obecnie jako najkorzystniejsza.

Skład orzekający Izby stwierdza, że przepis art. 179 ust. 1 Pzp nie uzależnia przyznawania interesu do wniesienia środków ochrony prawnej od kondycji finansowej zamawiającego. Ponadto, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp cyt. »Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli [...] cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty«, a w rozpoznawanym przypadku różnica między zadeklarowanymi możliwościami zamawiającego (170 mln zł) a ceną oferty odwołującego (195 mln) wynosi około 15% i zamawiający nie dowiódł, że nie może zwiększyć tej kwoty do ceny kolejnej oferty, co starał się wykazać.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Bilfinger z postępowania, mimo, że wykonawca ten złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania w zakresie, w jakim oświadczył on, że dysponuje wiedzą i doświadczeniem i osobami posiadającymi wiedzę i doświadczenie w wykonaniu dokumentacji projektowej w zakresie budowy obiektu mostowego podwieszonoego, w sytuacji, gdy wykazane w ofercie obiekty mostowe były łukowe, co jednocześnie stanowi naruszenie **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 5 Pzp oraz art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp**, bowiem wykonawca Bilfinger nie potwierdził tym samym spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do należytego wykonania zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający żądał w rozdz. 6 „Warunki udziału w postępowaniu i opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału” wykazania spełnienia warunków odnośnie mostu podwieszonoego lub mostu podwieszanego traktując te nazwy tak, że odbiorca mógł odczytać to, że zamawiający nie nadał tym nazwom ścisłego znaczenia. Także doprecyzowanie pojęć mostu podwieszonoego lub mostu podwieszanego nie znalazło się w żadnym innym miejscu specyfikacji, zwłaszcza w Programie Funkcjonal-

no-Użytkowym. Również w pytaniach wykonawców do specyfikacji i odpowiedziach na nie udzielonych przez zamawiającego nie było zainteresowania zdefiniowaniem czy doprecyzowaniem pojęć mostu podwieszonego lub mostu podwieszanego. Ponadto odwołujący nie wykazał, że istnieje definicja mostu podwieszonego lub mostu podwieszanego przyjęta w środowisku czy unormowana w powszechnie obowiązujących regulacjach. W związku z tym zamawiający miał obowiązek uznać, że wykonawca Bilfinger spełnił kwestionowany warunek, gdy wykazał doświadczenie w zakresie mostu przez Wisłę w Toruniu, który jest mostem konstrukcji podwieszanej *sensu largo*, mostem łukowym.

Zamawiający i przystępujący wykazali, że ze względu na ewolucję sztuki budowania mostów i postęp techniczny zaciera się rozróżnienie między poszczególnymi odmianami konstrukcji mostów. Granice rozróżnienia nie są ostre, dlatego zamawiający nie mógł znaleźć i nie znalazł podstaw, aby – zaprezentowanym przez wykonawcę i obecnie kwestionowanym przez odwołującego – mostom odmówić walorów możliwości spełnienia warunków postawionych w specyfikacji, gdyż wszystkie mosty posiadały cechy podwieszenia – element konstrukcyjny nośny, pomost i wanty do przenoszenia sił.

Tym samym zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 5 Pzp** nie może zasługiwać na uwzględnienie. Przepisy **art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 5 i art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** brzmią:

(**art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp**) „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące [...] posiadania wiedzy i doświadczenia”, (**art. 22 ust. 5 Pzp**) „Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia”, (**art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**) „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wykazał, że wykonawca Bilfinger złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, co obligowałoby zamawiającego do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przepis ten brzmi: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania”. Wykonawca Bilfinger nie złożył informacji nieprawdziwych w swojej ofercie. Zastrzeżenia odwołującego odnoszą się do terminologii, a nie do elementów faktycznych. Wykonawca

Bilfinger powołał się na konkretne obiekty mostowe, które można sprawdzić i zamawiający je sprawdził, zgodnie z niekwestionowanym oświadczeniem złożonym podczas rozprawy. Podanie w ofercie tych mostów nie miało na celu wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Weryfikacja spełnienia warunków dokonana zgodnie z sugestią odwołującego musiałaby się wiązać z doprecyzowaniem, a nawet ze zmianą postanowień specyfikacji. Jednak zmiana opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa, co wynika z art. 38 ust. 4 zdanie pierwsze Pzp, które brzmi: „W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. W związku z tym jakakolwiek próba zmiany treści specyfikacji nie może zasługiwać na uwzględnienie przez Izbę.

Skład orzekający Izby rozważył też dowody złożone przez odwołującego, gdzie zostały omówione i zobrazowane rodzaje mostów o konstrukcji podwieszanej (dowody 1-3).

Skład orzekający Izby stwierdza za przystępującym, że zamawiający formułując wymagania i warunki specyfikacji miał na myśli całą rodzinę mostów: kratowych, podwieszonych, belkowych, ramownicowych itd, gdy zawierał w specyfikacji wyrazy „podwiesz~~o~~ny” i „podwiesz~~a~~ny” bez rozróżnienia czy bez wprowadzenia jakiegokolwiek definicji tych pojęć.

Ponadto odwołujący nie wykazał naruszenia przez zamawiającego **art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp, które brzmią (art. 26 ust. 2a Pzp)** „Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1” i **(art. 7 ust. 1 Pzp)** „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców”.

Wobec powyższego w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Bilfinger z postępowania, mimo, że wykonawca ten złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, co jednocześnie stanowi naruszenie **art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 5 Pzp oraz art. 26 ust. 2a i art. 7 ust. 1 Pzp**, bo wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do należytego wykonania zamówienia – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz w związku z art. 22 ust. 5 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy **Bilfinger** z postępowania w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał, że wiedza i

doświadczenie wskazane w wykazie wykonanych usług jako potencjał udostępniony mu przez podmiot trzeci było przedmiotem zobowiązania tego podmiotu, a co za tym idzie, że w sposób realny dysponuje potencjałem przedstawionym w ofercie celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca Bilfinger w zakresie pkt 6.2.2.4 i 6.2.2.5 specyfikacji wykazał się posiadaniem doświadczenia zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, który to przepis brzmi „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Wykonawca ten polegał na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego – Kontrakt Biuro Projektowo-Konsultingowe Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Beethovena 115, 80-171 Gdańsk.

W dodatkowo wymaganym przez zamawiającego zobowiązaniu z 26.08.2013 r. [dokument dołączony do pisma wykonawcy Bilfinger z 02.10.2013 r.] podmiot Kontrakt udostępnił swoje doświadczenie w zakresie cyt. „prac projektowych w zakresie robót drogowych i branżowych, w charakterze podwykonawcy”. Skład orzekający Izby stwierdza, że nie ma podstaw, aby nie odczytywać tego zobowiązania w znaczeniu m.in. branży mostowej, które to znaczenie przyjęli zamawiający i przystępujący.

W związku z tym w ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz w związku z art. 22 ust. 5 Pzp** przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy **Bilfinger** z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wybór oferty podlegającego wykluczeniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie gdyż odwołujący nie wykazał zaistnienia uchybień w postępowaniu dokonanych przez zamawiającego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony za wyjątkiem złożonego przez zamawiającego dowodu nr 4 pismo Skarbnika Miasta Rzeszowa w sprawie możliwości przeznaczenia odpowiednich kwot na realizację inwestycji, gdyż dowód odnosił się do możliwości finansowych zamawiającego, a to nie było przedmiotem sporu. Ponadto pismo jest odpowiedzią na pytanie, a zamawiający nie udostępnił samego pytania.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....

.....