

Sygn. akt: KIO 1354/16

Sygn. akt: KIO 1377/16

WYROK
z dnia 11 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 sierpnia 2016 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 22 lipca 2016 r. przez wykonawcę Konsorcjum w składzie: Coprosa Polska Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. z siedzibą w Oviedo, Hiszpania,

B. w dniu 25 lipca 2016 r. przez wykonawcę Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Mercury Engineering Polska sp. z o.o. - Partner z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Sąd Apelacyjny w Poznaniu

przy udziale:

A. wykonawcy Konsorcjum w składzie ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp.k. oraz AGB 2 Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1354/16 oraz KIO 1377/16 po stronie zamawiającego,

B. wykonawcy Konsorcjum w składzie: Coprosa Polska Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. z siedzibą w Oviedo, Hiszpania zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1377/16 po stronie zamawiającego,

C. wykonawcy Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Mercury Engineering Polska sp. z o.o. - Partner z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1354/16 po stronie Odwołującego

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Konsorcjum w składzie: Coprosa Polska Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. z siedzibą w Oviedo, Hiszpania oraz Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Mercury Engineering Polska sp. z o.o. - Partner z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Konsorcjum w składzie: Coprosa Polska Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. z siedzibą w Oviedo, Hiszpania oraz Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, Mercury Engineering Polska sp. z o.o. - Partner z siedzibą w Warszawie tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1354/16
KIO 1377/16

Uzasadnienie

Zamawiający: Sąd Apelacyjny w Poznaniu, ul. Trójkpole 21, 61 - 693 Poznań wszczął postępowanie prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku dla Sądu Apelacyjnego w Poznaniu przy ul. St. Hejmowskiego 3”; nr sprawy ZP-373-01/16.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 marca 2016 r. pod nr 2016/S 063 - 107867.

KIO 1354/16

Odwołujący: Konsorcjum w składzie: Coprosa Polska Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. z siedzibą w Oviedo, Hiszpania powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej w dniu 15 lipca 2016 r., kiedy to Zamawiający przesłał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz opublikował tę informację na swojej stronie internetowej.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 22 lipca 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. sp.k. oraz AGB 2 Sp. z o.o. (zwane dalej: „Konsorcjum Alstal”);
- zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Alstal z postępowania;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal z postępowania.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Alstal z postępowania pomimo niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanej wiedzy i doświadczenia,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Alstal z postępowania pomimo niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ,

4. art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum Alstal, który podlegał wykluczeniu z postępowania,

5. art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal ze względu na niedopuszczalną zmianę w treści oferty

6. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie, prowadzące do rażącego naruszenia zasady równego traktowania oraz zasady uczciwej konkurencji prowadzącymi do zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Alstal,

7. oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Alstal, jako najkorzystniejszej,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Alstal z przedmiotowego postępowania,
- odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal z przedmiotowego postępowania.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał na okoliczność wezwania w dniu 24 czerwca 2016 r. przez Zamawiającego w ramach czynności przeprowadzanych w postępowaniu wykonawcy Konsorcjum Alstal w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów m.in. w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 5.1.2 SIWZ wskazując na nieprawidłowość złożonego zobowiązania do oddania niezbędnych zasobów przez firmę IDS-BUD S.A., która oświadczyła w pierwotnie złożonym zobowiązaniu, iż będzie uczestniczyła w realizacji

umowy jako podwykonawca. Zamawiający podniósł, iż ze złożonego zobowiązania nie wynika zakres dostępnych wykonawcy Konsorcjum Alstal zasobów firmy IDS-BUD S.A., zakres i okres udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca, sposób wykorzystania zasobów tego podmiotu przez wykonawcę Konsorcjum Alstal przy wykonywaniu zamówienia. Mając to na uwadze Zamawiający wezwał wykonawcę Konsorcjum Alstal do przedłożenia dokumentów potwierdzających fakt dysponowania przez tego wykonawcę niezbędnymi zasobami w szczególności:

- a) zakres dostępnych wykonawcy Konsorcjum Alstal zasobów podmiotu IDS-BUD S.A.,
- b) sposobu wykorzystania zasobów podmiotu IDS-BUD S.A., przez wykonawcę Konsorcjum Alstal przy wykonywaniu zamówienia,
- c) zakresu i okresu udziału podmiotu IDS-BUD S.A., przy wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów podkreślił, że

„Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował. Złożone dokumenty na potwierdzenie posiadania zasobów powinny bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane w tym jakiego okresu dotyczy. Ogólne oświadczenie jakie zostało dołączone do oferty wystawione przez IDS-BUD S.A. w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego oraz nie określa jego zakresu”.

Dalej Odwołujący zauważył, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Konsorcjum Alstal przedłożył nowy dokument zobowiązania (o nowej treści), który w opinii Odwołującego nie może zostać uznany za prawidłowy z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp.

Zaznaczył przy tym, że uzupełnione zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione przez IDS-BUD S.A. zawiera oświadczenie, że podmiot ten będzie uczestniczył w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, jako podwykonawca w zakresie:

- a) wykonania instalacji wodno-kanalizacyjnej,
- b) w pozostałym zakresie, niezbędnym do prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego udowodnienie dysponowania zasobem należącym do podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie polega na wyczerpaniu stanu formalnego, polegającego na złożeniu w poczet dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentu tytułowanego „zobowiązanie” powielającego w swej treści brzmienie przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, lub innego podobnego dokumentu, ale udowodnienie Zamawiającemu, że wykonawca na podstawie tego udostępnienia, uzyska odpowiedni potencjał w wyniku, którego spełni on warunki udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego udostępnienie potencjału na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp może przybrać postać podwykonawstwa, lecz nie musi, a wśród zasobów, które można udostępnić wykonawcy, jest wiele takich, które nie wymagają udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia.

Dalej wywodził, że w takiej sytuacji podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą, ale jednocześnie jego zasoby pozwolą wykonawcy na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w wypadku wybrania oferty wykonawcy umożliwią mu prawidłowe zrealizowanie zamówienia. Współpraca z podmiotem trzecim może przybrać np. formę doradztwa, konsultacji, szkoleń.

Biorąc jednak pod uwagę to, że udostępnienie zasobów musi być realne, w niektórych przypadkach – w ocenie Odwołującego - podwykonawstwo jest jedyną formą realnego udostępnienia potencjału do wykonania zamówienia publicznego.

Celem kształtowania warunków udziału w postępowaniu jest zapewnienie, że zamówienia zostanie zrealizowane przez podmiot zdolny do jego wykonania, a kluczowym warunkiem jest w tym kontekście warunek wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący stanął na stanowisku, że możliwość korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału innej firmy została ograniczona wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami.

Ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania takich zasobów w każdym przypadku będzie dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia.

Podkreślił przy tym, że dokument poświadczający oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę

udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu, określonego precyzyjnie poprzez podanie rodzaju i ilości zasobu oraz wskazać realną formę współpracy.

Stwierdził również, że to na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego spoczywa ciężar wykazania, że spełnia on warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Dodatkowo podniósł, iż w sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu dla wykazania spełniania warunków udziału, został on przez ww. przepis ustawy zobowiązany do „udowodnienia” dysponowania przez wykonawcę określonym zasobem.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, że wykazanie dysponowania wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów w tym zakresie Zamawiającego.

Według Odwołującego musi to być zobowiązanie do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia, a forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania. W przeciwnym wypadku poleganie na zasobach innego podmiotu byłoby fikcją, służącą jedynie formalnemu wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przyjął również, że ogólne oświadczenia firmy IDS-BUD S.A. o udostępnianiu swojego potencjału poprzez szeroko rozumiane konsultacje i przekazanie know-how w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, bowiem Zamawiający nie uzyskuje żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego.

W ocenie Odwołującego uznanie takich dokumentów może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nieposiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia.

Zarzucił również, że nie wynika z treści zobowiązania, czego właściwie mają dotyczyć planowane konsultacje, ani w jaki sposób mają wpłynąć na zdolność wykonawcy Konsorcjum Alstal do wykonania zamówienia.

Podniósł, że nie można też w oparciu o treść zobowiązania ustalić zakresu udziału podmiotu udostępniającego potencjał w realizacji zamówienia, bowiem nie wskazano na te

elementy przedmiotu zamówienia, przy których podmiot ten zobowiązał się wesprzeć wykonawcę (w zakresie wykraczającym poza niewielki zakres podwykonawstwa).

Odwołujący zaznaczył przy tym, że samo wykonanie instalacji wodno-kanalizacyjnych w ramach podwykonawstwa to za mało, żeby uznać, że zasób podmiotu trzeciego został należycie udostępniony, w szczególności, że pozostały zakres podwykonawstwa jest niedookreślony.

Zwrócił uwagę, że nie jest wiadome, kto tak naprawdę i w jakim momencie zdecyduje o konieczności skorzystania z tego potencjału firmy IDS-BUD S.A. i wsparcia wykonawcy - nie sposób stwierdzić, iż sam wykonawca będzie wiedział, kiedy to ma nastąpić, które doświadczenia w zakresie postawionego warunku - a więc wykonania takiego przedmiotu zamówienia - nie posiada i nie może prawidłowo zdecydować czy z zasobu powinien skorzystać czy też nie.

Wskazał również, że uzupełnione zobowiązanie firmy IDS-BUD S.A. nie określa w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów. Zobowiązanie przedłożone wskazuje na konsultacje, doradztwo lub inny sposób niezbędny do prawidłowego wykonania zamówienia, jednak brak jest uszczegółowienia tych ogólnikowych twierdzeń i nie ma wyjaśnienia, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia tego podmiotu trzeciego. Brak jest jakiegokolwiek przywołania w treści zobowiązania okoliczności np. udostępnienia osób do pełnienia stałych funkcji konsultantów i wykonywania określonych zadań doradczych, co stanowi o okoliczności potwierdzającej zarówno brak realności udostępnienia zasobu jak i brak udziału w wykonywaniu zamówienia w zakresie wykraczającym poza „symboliczne podwykonawstwo”.

Zdaniem Odwołującego przetransferowanie zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, będącego zasobem o charakterze niematerialnym, wymaga „materialnego nośnika” i nie ulega wątpliwości, że nośnikiem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego mogą być właśnie osoby z danego przedsiębiorstwa, które przydzielone do niniejszego zamówienia będą przekazywać posiadaną wiedzę i doświadczenie w trakcie realizacji poszczególnych zadań i na różnych płaszczyznach wykonywania przedmiotu zamówienia.

Zauważył przy tym, że przekazanie potencjału przez inny podmiot, musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie zasobów, a jego zakres i forma winna jednoznacznie wynikać z pisemnego zobowiązania, lub innego dokumentu, po to aby Zamawiający mógł ocenić realność tego udostępnienia oraz ocenić, czy wskazana forma udostępnienia tego zasobu w realiach tego postępowania jest wystarczająca.

W ocenie Odwołującego doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu i jako składnik przedsiębiorstwa dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa.

Odwołujący argumentował, że pojęcie „doświadczenie” wiąże się jednoznacznie ze stroną praktyczną posiadanych umiejętności. Wiedzę teoretyczną można przekazać w postaci szkoleń, porad, konsultacji, ale „doświadczenie” jest inną kategorią pojęciową, bo obejmuje umiejętności praktyczne, nabywane w sposób empiryczny w zakresie danego zagadnienia i aby tę empiryczną wiedzę uzyskać, konieczny jest osobisty udział w wykonywaniu przedsięwzięć, a zatem nie można nabyć doświadczenia w procesie konsultacji czy doradztwa.

Odwołujący stwierdził, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia, zatem nie jest możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane.

Wtórne jest przy tym, jaki jest charakter prawny stosunków łączących te podmioty, czy jest to umowa o podwykonawstwo, czy inny stosunek prawny, czy faktyczny. Istotą jest natomiast sposób, w jaki (w ramach tego stosunku) podmiot trzeci faktycznie udostępni swoje zasoby.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotem udostępniania jest wiedza i doświadczenie polegające na wykonaniu 2 robót budowlanych polegających na wzniesieniu kompletnego budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu o wartości, co najmniej 45.000.000,00 zł brutto każda oraz o powierzchni netto budynku minimum 6.000 m² każda.

Wskazał, że zakres udziału podmiotu trzeciego ogranicza się, co do zasady do porad, konsultacji oraz korzystania z know-how firmy IDS-BUD S.A. oraz do podwykonawstwa jedynie w zakresie wykonania instalacji wodno-kanalizacyjnej, czyli czynności, które nie są związane przedstawionym w celu potwierdzenia spełniania warunku doświadczeniem, podczas gdy zakres czynności składających się na przedmiot zamówienia jest znaczenie szerszy niż czynności związane z wykonaniem instalacji wodno-kanalizacyjnej.

Podkreślił przy tym, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia.

Według Odwołującego doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (arg. z art. 55¹ i art. 55² k.c.) i nie jest możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane.

Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

Powołał się na brzmienie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, twierdząc, że przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących.

Wskazał przy tym, że wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, musi udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie - na czas i w celu realizacji tego zamówienia.

Zaznaczył, że roboty budowlane cechują się specyfiką wymagającą umiejętności, które poprzez doradztwo trudno przekazać, lub w ogóle nie będzie możliwe takie przekazanie.

Wskazał również, że już w konstrukcji umowy o roboty budowlane ustawodawca zaakcentował charakter tych robót przypisując odpowiednie role uczestnikom procesu budowlanego. Zgodnie z art. 647¹ ustawy Kodeks cywilny, roboty budowlane są realizowane osobiście przez wykonawcę lub za pomocą podwykonawców.

Poza tym zauważył, że doradztwo, czy konsultacje nie przenoszą doświadczenia, a jedynie, co najwyżej wiedzę (choć i to jedynie, gdy wykonawca z owych porad skorzysta). Doświadczenie to przede wszystkim stan, o którym można stwierdzić - posługując się powszechnie używanymi określeniami - że ktoś „spojrzy i wie” albo „ma umiejętność w rękach”, widzi „na oko”, że coś jest dobrze/źle zrobione albo jak należy to zrobić poprawnie - nie da się tego nabyć w inny sposób, niż poprzez wielokrotne powtarzanie danej czynności, czyli właśnie nabywanie doświadczenia.

W świetle powyższe treść komentowanego dokumentu nie może być uznana za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości skorzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Tak ogólnikowa treść zobowiązania, w szczególności w przypadku zamówienia na roboty budowlane, nie daje Zamawiającemu żadnej wiedzy o tym, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a co więcej - nie pozwala uznać, że będzie ono w ogóle możliwe.

Według Odwołującego wykonawca w żaden sposób nie wykazał, że ułoży swoją współpracę z podmiotem trzecim w sposób, który zapewni realne przekazanie tak wiedzy, jak i doświadczenia.

Powołanie się wyłącznie na bliżej nieokreślone doradztwo, konsultacje czy „korzystanie z dostępnego know-how” w przypadku zamówienia dotyczącego robót budowlanych nie może być uznane za dowód przekazania wiedzy i doświadczenia do dyspozycji wykonawcy.

Odwołujący dodatkowo zwrócił uwagę, że Zamawiający wybrał w przedmiotowym postępowaniu ofertę wykonawcy, który nie posiada niezbędnego potencjału do wykonania zamówienia w zakresie wskazanym w SIWZ.

Przypomniał również, że zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty konstrukcyjno-żelbetowe ścian i stropów stanu surowego otwartego (3.1 pkt 7 SIWZ).

Mając to na uwadze wykonawcy mogli oświadczyć w tym zakresie, że wykonają ten zakres samodzielnie lub zgodnie z art. 36a ust. 3 ustawy Pzp mogli skorzystać z podwykonawcy w tym zakresie, o ile powołają się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy Pzp.

Wskazał, że z oświadczeń wykonawcy Konsorcjum Alstal (formularz oferty) oraz podmiotu udostępniającego firmy IDS-BUD S.A. (zakres podwykonawstwa wskazany w treści zobowiązania) wprost wynika, że wykonawca Konsorcjum Alstal wykona wskazane kluczowe części zamówienia samodzielnie, a firma IDS-BUD S.A. która udostępnia całość wymaganego w warunku udziału doświadczenia, nie wykona tego zakresu zamówienia (na co pozwalał art. 36a ust. 3 ustawy Pzp).

Zdaniem Odwołującego oznacza to, że w zakresie kluczowej dla Zamawiającego części zamówienia tj. robót konstrukcyjno-żelbetowych ścian i stropów stanu surowego otwartego, podmiotem faktycznie mającym zrealizować tą część zamówienia będzie wykonawca Konsorcjum Alstal, który w żaden sposób nie wykazał że posiada niezbędne doświadczenie w wykonywaniu takich robót.

Zauważył również, że Zamawiający badał ten aspekt w kontekście postawionego warunku dotyczącego doświadczenia - minimum 2 robót budowlanych polegających na wzniesieniu kompletnego budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu o wartości co najmniej 45.000.000,00 zł brutto każda oraz o powierzchni netto budynku minimum 6.000 m² każda.

W ocenie Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że w ramach robót spełniających ten warunek mieścić się każdorazowo musiały również roboty konstrukcyjno-żelbetowe ścian i stropów stanu surowego otwartego.

Odwołujący uznał również, że przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym badanie w zakresie spełniania warunków udziału dot. posiadanego doświadczenia nie obejmuje weryfikacji czy wykonawca posiada doświadczenie w realizacji kluczowych części zamówienia co do których Zamawiający określił obowiązek samodzielnego wykonania (i tak też oświadczył wykonawca Konsorcjum Alstal) skutkować by musiało uznaniem że Zamawiający nie działa w racjonalny sposób, a weryfikacja tego wymogu nie ma żadnego znaczenia w postępowaniu.

Podniósł, że Zamawiający zdecydował się na weryfikację tego wymogu właśnie poprzez postawiony warunek dot. doświadczenia i nie może budzić wątpliwości, że Zamawiający jest związany SIWZ w związku, z czym nie może odstąpić od weryfikacji postawionego wymogu.

Ponadto zauważył, że w treści wezwania, Zamawiający wymagał przedstawienia dokumentów (użyto liczby mnogiej) potwierdzających fakt dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami, a Wykonawca Konsorcjum Alstal złożyło wyłącznie nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego i zaniechał przedłożenia innych dokumentów, np. umowy o współpracy określającej jej szczegółowe zasady i zakres czynności wykonywany przez podmiot trzeci.

Wobec omówionych powyżej wadliwości tego zobowiązania i nieprzedstawienia żadnych innych dokumentów, których wprost żądał Zamawiający, należy uznać – w ocenie

Odwołującego, że Wykonawca Konsorcjum Alstal nie wykazało, iż dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego będzie realne.

Reasumując, stwierdził, że wykonawca, który nie udowodnił zamawiającemu realności dysponowania danym zasobem podmiotu trzeciego lub wskazany zasób jest niewystarczający, to tym samym nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu i winien być z postępowania wykluczony.

Dopuszczenie możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, prowadziłoby – według Odwołującego - do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców niedysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co byłoby oczywiście sprzeczne z celem normy określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia podniósł, co następuje.

1) Zgodnie z treścią części 5.1 pkt 3 ppkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika budowy posiadała, co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi podczas wykonywania którego kierowała:

- co najmniej 2 robotami budowlanymi, polegającymi na wzniesieniu kompletnego budynków użyteczności publicznej wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu o łącznej powierzchni netto budynku minimum 6 000 m².

Do pełnienia tej funkcji w ofercie wskazano mgr inż. D.S. precyzując, że posiada 16 lat doświadczenia oraz doświadczenie zawodowe w kierowaniu konkretnie wskazanymi robotami budowlanymi. Należy zauważyć, iż w niniejszym przypadku nie skonkretyzowano czy 16 letnie doświadczenie obejmuje swym zakresem, co najmniej 5- letnie doświadczenie na stanowisku kierownika budowy.

2) Zgodnie z treścią części 5.1 pkt 3 ppkt 2 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych posiadała, co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi po

uzyskaniu uprawnień w posiadanej specjalności.

Do pełnienia tej funkcji wskazano pana J.R. określając w kolumnie 3 wykazu, iż posiada on 12 lat doświadczenia, nie precyzując jakiego rodzaju jest to doświadczenie oraz czy obejmuje swoim zakresem doświadczenie, o którym mowa w postawionym warunku.

3) Zgodnie z treścią części 5.1 pkt 3 ppkt 3 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych posiadała, co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi po uzyskaniu uprawnień w posiadanej specjalności.

Do pełnienia tej funkcji wskazano pana K.O. podając w kolumnie 3 wykazu, iż posiada on 14 lat doświadczenia, nie określając, o jakiego rodzaju doświadczenie chodzi oraz czy obejmuje ono swoim zakresem doświadczenie, o którym mowa w postawionym warunku.

4) Zgodnie z treścią części 5.1 pkt 3 ppkt 4 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych posiadała, co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi po uzyskaniu uprawnień w posiadanej specjalności. Do pełnienia tej funkcji wskazano pana W.G. podając w kolumnie 3 wykazu, iż posiada on 16 lat doświadczenia nie wskazując, o jakie doświadczenie chodzi bez wskazania czy chodzi o doświadczenie, o którym mowa w postawionym warunku.

5) Zgodnie z treścią części 5.1 pkt 3 ppkt 5 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych posiadała co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi po uzyskaniu uprawnień w posiadanej specjalności.

Do pełnienia tej funkcji wskazano pana Z.L. podając w kolumnie 3 wykazu, iż posiada on 18 lat doświadczenia, nie wskazując o jakie doświadczenie chodzi oraz bez wskazania jakiego rodzaju jest to doświadczenie, oraz czy obejmuje swoim zakresem doświadczenie o którym mowa w postawionym warunku.

6) Zgodnie z treścią części 5.1 pkt 3 ppkt 7 SIWZ Zamawiający wymagał, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót geologicznych posiadała co najmniej 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi. Do pełnienia tej funkcji wskazano pana Z.C. podając w kolumnie 3 wykazu, iż posiada on 28 lat doświadczenia, nie wskazując, o jakie doświadczenie chodzi oraz bez wskazania czy chodzi o doświadczenie, o którym mowa w postawionym warunku.

Według zapatrywania Odwołującego z powyższego wynika, że Konsorcjum Alstal nie potwierdziło w swoich oświadczeniu wszystkich aspektów kwalifikacji, które zostały określone w opisie sposobu dokonywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższych uchybień w wykazywaniu postawionych warunków udziału odnośnie osób, Odwołujący zauważył, iż zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego w pkt 3.4 SIWZ oraz udzielonymi w trakcie postępowania wyjaśnieniami do jej treści (tj. z dnia 6 i 27 kwietnia 2016 r.) Zamawiający zgodnie z pkt. 3.4 SIWZ wymagał, aby wprost określone osoby zatrudnione były u Wykonawcy na umowę o pracę w pełnym wymiarze etatu (z wyłączeniem: Kierownika robót geologicznych i robót telekomunikacyjnych).

Zdaniem Odwołującego wymóg ten nie został spełniony przez Wykonawcę w odniesieniu do następujących osób:

- J.R. - Kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych (poz. 2 wykazu),
- Z.L. - kierownika robót drogowych (poz. 5 wykazu) oraz
- M.S. - koordynatora - osoby do bezpośrednich kontaktów z Zamawiającym oraz Nadzorem Inwestorskim (poz. 6 wykazu), ponieważ jako podstawę dysponowania tymi osobami wskazano umowę cywilno-prawną z ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k. (poz. 2 i 5 wykazu) i umowę o współpracy (poz. 6).

W ocenie Odwołującego oświadczenie znajdujące się w Wykazie osób wskazuje po pierwsze na jednoznacznie brzmiące zobowiązanie do realizowania zamówienia przy udziale osób, które nie będą zatrudnione w oparciu o umowę o pracę.

Wskazał, że oświadczenie to nie ma charakteru zobowiązania składanego tylko i wyłącznie na okoliczność potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu (to jest na etapie składania ofert), ale jest tak samo wiążące wykonawcę na etapie wykonania zamówienia.

Zdaniem Odwołującego zasadność takiej interpretacji potwierdza nie tylko samo brzmienie oświadczenia wykonawcy w Wykazie osób, z którego wynika, że są to osoby które będą wykonywały przedmiotowe zamówienie, ale również przypisywane przez zamawiającego znaczenie oświadczenia w Wykazie osób (Punkt 3.4 SIWZ).

Zauważył, że w celu wykazania spełnienia warunków postępowania dla każdej części zamówienia do ofert należało załączyć następujące oświadczenia i dokumenty: d) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami oraz oświadczeniem, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (wymienione w wykazie osób) posiadają wymagane uprawnienia.

Według Odwołującego nie może budzić wątpliwości, że osoby wymienione w wykazie mają wykonywać przedmiotowe zamówienie, a więc ich identyfikacja nie służy tylko etapowi ofertowania.

Kwestionowanie przydatności wykazu osób, co do oceny istnienia zobowiązania zatrudnienia na etapie realizacji umowy nie znajduje uzasadnienia ani w stanie faktycznym, ani w obowiązującym stanie prawnym sprawy.

Powyższe wprost wskazuje na brak spełnienia warunków udziału odnośnie wskazanych osób.

Odwołujący również podkreślił, iż przedłożenie wykazu osób (pierwotnie i w wyniku uzupełnienia) o przytoczonej treści wprost wskazuje na złożenie Zamawiającemu oferty, która przewiduje realizację przedmiotowego zamówienia w sposób niezgodny z SIWZ.

Zauważył przy tym, iż pkt 3.4 SIWZ wprowadza obowiązek na etapie realizacji umowy zatrudnienia sześciu osób wykonujących szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi związanymi z realizacją przedmiotu zamówienia, wskazując na szczegółową ich listę, a niedotrzymanie tych wymogów zostało usankcjonowane wprost, jako podstawa do naliczenia kary umownej.

Wskazanie odmiennej podstawy zaangażowania tych osób w wykazie stanowić musi już na etapie postępowania konieczność stwierdzenia, że nie zaoferowano odmiennego niż określony w SIWZ sposobu wykonania zamówienia.

Nie ulega wątpliwości Odwołującego, że postawione przez Zamawiającego wymaganie stanowi niezbędną treść oferty, a wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia oświadczenia woli w zakresie sposobu realizacji zamówienia.

Zaznaczył, że miejsce na wskazanie treści tego oświadczenia została określona przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do SIWZ.

Zwrócił uwagę, że złożenie oświadczenia, że podstawą zatrudnienia wskazanych osób będzie umowa cywilno - prawna lub umowa współpracy oznacza, że osoby te nie będą zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Złożenie oświadczenia o takiej treści oznacza, że sposób realizacji zamówienia będzie niezgodny z treścią SIWZ, gdy osoby te nie zostaną zatrudnione na podstawie umowy o pracę. Oświadczenie takie nie może zostać zmienione, gdyż stanowi treść SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Konsorcjum Alstal złożył takie oświadczenie samodzielnie, a tym samym złożył je świadome i jednoznacznie co do rodzaju umowy, jaka ma zostać zawarta ze wskazanymi w wykazie osobami.

W ocenie Odwołującego powyższe skutkować winno odrzuceniem oferty w trybie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, bez możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp celem poprawienia jej treści.

Ponadto zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie jest uprawniony do prowadzenia w tym zakresie procedury wyjaśnienia treści oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność ta prowadziłaby do prowadzenia negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie ustalenia oświadczenia woli wykonawcy. Prowadzenie wyjaśnień miałoby na celu wyłączenie zmianę treści oświadczenia woli, a więc treści oferty.

Odwołujący stanął na stanowisku, iż bez znaczenia pozostaje fakt, że dokument, w którym należało złożyć oświadczenie o zatrudnieniu wskazanych osób, zawiera też inne informacje służące potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślił, że nie jest istotne, w jakim dokumencie znajduje się oświadczenie, ale jego treść, a zatem to, czego oświadczenie dotyczy.

Na podstawie powyższego uznał, że treść oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal nie odpowiada treści SIWZ.

Treścią oferty było oświadczenie o sposobie zatrudnienia osób wykonujących szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi – rozumiane, jako

oświadczenie woli złożone przez wykonawcę Zamawiającemu, które wykonawcy winni byli złożyć, jako część składową oferty.

Zaznaczył, że obowiązek ten wynikał wprost z treści załącznika nr 7 do SIWZ - wykazu osób., a treścią SIWZ jest sposób realizacji zamówienia opisany m.in. w pkt 3.4 SIWZ na podstawie art. 29 ust. 4 pkt 4 ustawy Pzp, tzn. wymaganie, aby w trakcie realizacji zamówienia wykonawca lub podwykonawca zatrudnił określone osoby wykonujące czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności, na podstawie umowy o pracę.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Konsorcjum Alstal złożył oświadczenie, o dysponowaniu wskazanymi trzema osobami na podstawie umowy cywilno-prawnej lub umowy współpracy, a zatem na podstawie powyższego należało stwierdzić, że treść oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal nie odpowiada treści SIWZ, a wykonawca Konsorcjum Alstal zamierza realizować przedmiot zamówienia w sposób odmienny od wymagań SIWZ.

Reasumując, zarzucił, że brak w ofercie wymaganego przez Zamawiającego oświadczenia woli nie może być uzupełniony ani na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ani też wyjaśniany na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a oferta z takim brakiem podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp II.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający wymagał od wykonawców składających ofertę w przedmiotowym postępowaniu złożenia Wykazu materiałów i urządzeń (wg wzoru z załącznika nr 11 do SIWZ), który to dokument Zamawiający zakwalifikował, jako wynikający z § 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 i który składany ma być że oferowane przez wykonawców roboty budowlane odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania.

Odwołujący w wyniku analizy złożonego przez wykonawcę Konsorcjum Alstal (wraz z ofertą) Załącznika nr 11 stwierdził, iż wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń, które nie odpowiadają wymogom SIWZ.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Konsorcjum Alstal w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów przedstawił nowy Wykaz materiałów i urządzeń, w którym Odwołujący stwierdził następujące niezgodności :

1. Karta specyfikacji materiałowej nr 15 (dozownik mydła w płynie) - Niezgodność zaoferowanych parametrów z wymogami SIWZ. Zgodnie z tabelą wymagane były wymiary 40x40x160mm (z tolerancją 5%). Zaoferowane wymiary przez wykonawcę Konsorcjum Alstal to: 40x44x162mm (przekroczona tolerancja 5%).

2. Karta materiałowa: centrala wentylacyjna LNW1 - Zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało certyfikat Eurovent - wykonawca Konsorcjum Alstal wskazało, że zaoferowane przez niego urządzenie posiada certyfikat TUV.

3. Karta materiałowa: centrala wentylacyjna LNW2 — Zamawiający wymagał, aby urządzenie posiadało certyfikat Eurovent - wykonawca Konsorcjum Alstal wskazało, że zaoferowane przez niego urządzenie posiada certyfikat TUV.

4. Karta materiałowa: stacja transformatorowa - Niezgodność zaoferowanych parametrów z wymogami SIWZ. Zgodnie z tabelą wymagana była powietrzna izolacja aparatury łączeniowej - wykonawca zaoferował urządzenie posiadające izolację SF6.

Załącznikiem do odwołania są poszczególne złożone przez wykonawcę Konsorcjum Alstal karty materiałowe.

5. Karta materiałowa: oprawa oświetleniowa typu A zwieszana - niezgodność z kartą materiałową w części budowlanej nr 53 branży budowlanej, gdzie zadeklarowano oprawę Profimax 3 PLX. Tę samą oprawę w branży elektrycznej zaproponowano, jako Luxiona Astor. Wykonawca Konsorcjum Alstal zaoferował w tym zakresie 2 odmienne urządzenia, co stanowi o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (2 oferty).

6. Karta materiałowa - Szafa serwerowa RACK 19" HD 42U - Brak wskazania wartości parametru oferowanego w pkt 13.22, 13.23, 13.24, pomimo iż było to obowiązkiem wykonawcy.

W ocenie Odwołującego powyższe niezgodności wprost wskazują, iż oferta wykonawcy Konsorcjum Alstal jest niezgodna z treścią SIWZ, a jako taka podlegać winna odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp w związku z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum Alstal ze względu na niedopuszczalną zmianę w treści oferty.

Odwołujący w wyniku porównania złożonego wraz z ofertą Wykazu materiałów i urządzeń oraz tego, który został złożony w wyniku uzupełnienia dokumentów, stwierdził, iż doszło do zmiany urządzeń oferowanych do wykonania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący oświadczył, że stwierdził następujące sytuacje zmiany oferowanych materiałów i urządzeń:

1. Karta materiałowa nr 43 c (wykładzina materiałowa) - Zmiana treści oferty (zmiana produktu). W pierwotnym wykazie wykonawca wskazał, że oferuje produkt producenta Dye Lab tile (bez wskazania nazwy itp), w wyniku uzupełnienia zmienił ten produkt na następujący: ALFA, którego producentem jest firma Bentzon.

2. Karta materiałowa (Okucia bezprzewodowej kontroli dostępu) - Zmiana treści oferty (zmiana produktu). W pierwotnym wykazie wykonawca wskazał, że oferuje produkt producenta Nedap (bez wskazania nazwy itp), w wyniku uzupełnienia zmienił ten produkt na następujący: E9450, którego producentem jest firma SALTO.

3. Karta materiałowa (Czujnik ruchu PIR) -Zmiana treści oferty (zmiana produktu). W pierwotnym wykazie wykonawca wskazał, że oferuje produkt producenta Nedap (bez wskazania nazwy itp), w wyniku uzupełnienia zmienił ten produkt na następujący: EY100PI, którego producentem jest firma UTC F&S.

4. Załącznikiem do odwołania są poszczególne złożone przez wykonawcę Konsorcjum Alstal karty materiałowe

5. Karta materiałowa (Radiolinia, odbiornik przycisków napadowych) - Zmiana treści oferty (zmiana produktu). W pierwotnym wykazie wykonawca wskazał, że oferuje produkt producenta Nedap (bez wskazania nazwy itp.), w wyniku uzupełnienia zmienił ten produkt na następujący: MCR308 Bezprzewodowy odbiornik systemu Power Codę, którego producentem jest firma Visonic.

6. Karta materiałowa (Bezprzewodowy przycisk napadowy) - Zmiana treści oferty (zmiana produktu). W pierwotnym wykazie wykonawca wskazał, że oferuje produkt producenta Nedap (bez wskazania nazwy itp.), w wyniku uzupełnienia zmienił ten produkt na następujący: MCT-220 WP, którego producentem jest firma Visonic.

W ocenie Odwołującego określenie w sposób wyraźny nazwy, marki i typu urządzeń i materiałów Zamawiającemu stanowiło, jak to już wskazano, treść oferty, albowiem informacja ta dotyczy sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

Według Odwołującego nie ma przy tym znaczenia, że została ona zawarta w dokumentach mających stanowić potwierdzenie spełniania przez oferowane Zamawiającemu roboty budowlane wymagań przez niego opisanych w SIWZ, bowiem należy odróżnić dokumenty i oświadczenia potwierdzające spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego od treści oferty wykonawcy, która wskazuje - również zgodnie z wymogami SIWZ - w jaki sposób zostanie zrealizowany dany przedmiot zamówienia.

Zauważył, że wykonawca składa w tym zakresie oświadczenie woli, które jest dla niego wiążące, a ustalenie, że treść tegoż oświadczenia nie odpowiada treści SIWZ, rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp - oczywiście, o ile nie zachodzą przesłanki poprawienia w ofercie omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Powołał się na art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie, z którym niedopuszczalne jest, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w treści oferty złożonej przez Wykonawcę, a tym samym niedopuszczalna jest zmiana treści oferty poprzez jej uzupełnianie o wskazywanie kolejnych produktów, czy też oferowanie świadczenia robót za pomocą niezaoferowanych pierwotnie urządzeń.

Stwierdzenie takich braków przez Zamawiającego powinno stanowić dla niego podstawę do odrzucenia oferty, nie zaś do wzywania wykonawcy do złożenia dokumentów lub oświadczeń uzupełnionych o stwierdzone braki w ich treści, czy też wskazujące na inny niż w ofercie asortyment.

Mając powyższe na uwadze oferta wykonawcy – w ocenie Odwołującego - Konsorcjum Alstal winna zostać odrzucona.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż Zamawiający dopuścił się – w ocenie Odwołującego - naruszenia przepisów wskazanych i wynikających z niniejszego odwołania, za w pełni uzasadnione należy uznać także twierdzenie o naruszeniu przez niego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzucił, że Zamawiający - poprzez niezastosowanie w sposób prawidłowy powołanych przepisów - dopuścił się bowiem naruszenia fundamentalnych dla prawa zamówień publicznych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie przedstawioną powyżej argumentację, podkreślił, iż działanie Zamawiającego skutkuje istotnymi wadami postępowania.

W dniu 25 lipca 2016r. zgłosili swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Konsorcjum ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k. (lider) i AGB 2 sp. z o. o., zwanego dalej Przystępującym Alstal oraz po stronie Odwołującego wykonawca Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. - Lider, ul.

Konstruktorska 11A, 02 - 673 Warszawa, Mercury Engineering Polska sp. z o.o. - Partner Al. Jeruzolimskie 181B, 02 - 222 Warszawa.

KIO 1377/16

W dniu 15 lipca 2016 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego - Konsorcjum firm w składzie: Mostostal Warszawa S.A. - Lider, ul. Konstruktorska 11A, 02 - 673 Warszawa, Mercury Engineering Polska sp. z o.o. - Partner Al. Jeruzolimskie 181B, 02 - 222 Warszawa o dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Alstal.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 25 lipca 2016r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na następujące, czynności i zaniechania Zamawiającego:

1. dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k. (lider) i AGB 2 sp. z o. o., zwane dalej „Konsorcjum Alstal”, którego oferta powinna zostać odrzucona:

1) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu,

2) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, z uwagi na zaoferowanie w Wykazie materiałów i urządzeń (załącznik nr 11) wykonania przedmiotu zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń, które nie odpowiadają wymogom SIWZ oraz z uwagi niespełnienie wymagań dotyczących wykazanego potencjału kadrowego w kontekście określonego w pkt 3.4 SIWZ wymogu zatrudnienia osób wykonujących szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi;

2. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz §1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia 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), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, z uwagi na niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie się potencjałem podmiotu trzeciego udostępnionego w sposób niezapewniający realnego korzystania z jego zasobów;

3. zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazanego 1/ kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i

kanalizacyjnych, 21 kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, 3/ kierownika robót telekomunikacyjnych, 4/ kierownika robót drogowych i 5/ kierownika robót geologicznych;

4. zaniechanie wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm w składzie Coprosa Polska sp. z o. o. i Construcciones y Promociones Coprosa S.A., zwanego dalej „Konsorcjum Coprosa”, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej w związku z niezłożeniem odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

Według Odwołującego działanie Zamawiającego polegające na uznaniu, że obaj wykonawcy Konsorcjum Alstal oraz Konsorcjum Coprosa wykazały spełnienie postawionych przez Zamawiającego wymagań, a ich oferty nie podlegają odrzuceniu, w konsekwencji doprowadziło do wyboru wykonawcy z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów oraz podstawowych zasad prowadzenia i udzielania zamówień publicznych, jakimi są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że w przypadku uznania słuszności zarzutów odnoszących się do wybranego wykonawcy oraz Konsorcjum Coprosa, oferta Konsorcjum Mostostal zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Zarzucił, że Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, a więc z naruszeniem wyżej powołanych przepisów, pozbawił Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym - bezspornie naruszył jego interes.

Z uwagi na powyższe, Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie dokonanego w dniu 15 lipca 2016 r. w postępowaniu wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Alstal jako najkorzystniejszej;

2) nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i badania ofert w postępowaniu, w tym:

1. nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Alstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ, z uwagi na zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń, które nie odpowiadają wymogom

SIWZ oraz z uwagi niespełnienie wymagań dotyczących wykazanego potencjału kadrowego w kontekście określonego w pkt 3.4 SIWZ wymogu zatrudnienia osób wykonujących szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi;

2. nakazanie wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego, bez możliwości zastosowania trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który został w tym przypadku wyczerpany, ewentualnie - w przypadku nieuznania wyczerpania trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie:

3. nakazanie wezwania do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do wykazanych potencjałów wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego;

4. nakazanie wykluczenia Konsorcjum Coprosa z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału kadrowego oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odnosząc się konkretnie do poszczególnych zarzutów, Odwołujący wskazał, co następuje.

I. Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty Konsorcjum Alstal z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ w odniesieniu do zaoferowanych materiałów i urządzeń, Odwołujący podniósł, że Konsorcjum Alstal w Wykazie stanowiącym załącznik nr 11 do oferty wykonawcy, zaoferowało wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu materiałów i urządzeń, które nie odpowiadają wymogom SIWZ.

Zwrócił uwagę, że wykaz ten stanowi dokument składany na potwierdzenie, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom Zamawiającego w rozumieniu §6 Rozporządzenia, a tym samym - jako taki stanowi element treści oferty, którego niezgodności z wymogami SIWZ stanowią podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wystąpienie istotnych niezgodności potwierdzają jednoznacznie dołączone do oferty Konsorcjum Alstal karty materiałowe, w szczególności następujące karty:

1/ karta materiałowa: stacja transformatorowa - zgodnie z tabelą istotnych elementów i urządzeń Zamawiający wymagał tu powietrznej izolacji aparatury łączeniowej, tymczasem zaoferowano izolację SF6, która nie spełnia tego wymogu;

2/ karta materiałowa: oprawa oświetleniowa typu A zwieszana - niezgodność z kartą materiałową w części budowlanej nr 53 branży budowlanej, gdzie zadeklarowano oprawę Profimax 3 PLX. Tę samą oprawę w branży elektrycznej zaproponowano, jako Luxiona Astor, co wskazuje na zaoferowanie w tym zakresie dwóch odmiennych urządzeń w sytuacji gdy zamawiający nie dopuścił składania ofert wariantowych (vide: pkt 3.1 ppkt 1 SIWZ);

3/ karta materiałowa - szafa serwerowa RACK 19 HD 42U - nie podano wartości parametru oferowanego w pkt 13.22, 13.23, 13.24;

4/ karta specyfikacji materiałowej nr 15 (dozownik mydła w płynie) - niezgodność polegająca na zaoferowaniu urządzenia o wymiarach przekraczających dopuszczoną przez Zamawiającego tolerancję 5%; zgodnie z tabelą Zamawiający wymagał, by wymiary wynosiły: 40x40x160mm, tymczasem zaoferowane urządzenie ma wymiar 40x44x162mm.

Odwołujący przy tym podkreślił, że pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający jednoznacznie wymagał przedłożenia wraz z ofertą zestawienia tabelarycznego planowanych do dostawy i instalacji materiałów i urządzeń w formie wykazu sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ.

Specyfikacja zatem w sposób jasno sprecyzowany określiła – według Odwołującego - zarówno formę, jak i treść tabeli Wykazu, a także istotne znaczenie przedmiotowych dokumentów. Powyższe ma w rzeczonym przypadku rozstrzygające znaczenie i bezspornie uzasadnia postawiony zarzut.

Dodatkowo wskazał, że Zamawiający potwierdził istotną rolę, formę i treść wymaganego Wykazu materiałów i urządzeń, udzielając jednoznacznych wyjaśnień treści SIWZ w piśmie z dnia 13 maja 2016 r. (znak pisma: ZP-373-01/16) i wskazując w odpowiedziach na pyt. 7 i 8, co następuje:

Odpowiedź na pyt. 7:

„Zgodnie z pkt 6.8 ppkt 11 SIWZ „Wykonawców obowiązuje wykorzystanie załączonych wzorów dokumentów - załączników. Wszystkie pola i pozycje tych wzorów winny być wypełnione, a w szczególności muszą zawierać wszystkie wymagane informacje i dane oraz zawierać odpowiedzi na wszystkie pytania. Nie dopuszcza się składania alternatywnych co do treści i formy dokumentów”.

Załącznik 11 stanowi dokument potwierdzający spełnianie warunków przedmiotowych i dlatego zamawiający wymaga podania wartości parametrów w polach oznaczonych: „OFEROWANE URZĄDZENIE/ELEMENT”, „PRODUCENT”, „NAZWA/TYP/NR KATALOGOWY”, ma to służyć zbadaniu zgodności oferowanego przedmiotu z wymaganiami stawianymi przez Zamawiającego. ”

Odpowiedź na pyt. 8:

„Celem wypełnienia przez Wykonawcę załączników nr 11 jest uzyskanie przez Zamawiającego szczegółowych informacji dotyczących konkretnych elementów/urządzeń, które Wykonawca oferuje Zamawiającemu.

W związku z powyższym należy podać takie opis Nazwy/Typy/Nr katalogowego urządzenia/elementu, który jednoznacznie określi dane urządzenie/element oferowany przez Wykonawcę Zamawiającemu.”.

Według Odwołującego, jeżeli sam Zamawiający przypisuje konkretną rolę określonym dokumentom i oczekuje, że przedstawiać będą określoną, minimalną treść, jak ma to miejsce w niniejszym stanie faktycznym, a owa treść ma być opisana w konkretnym dokumencie w określony sposób, to brak spełnienia powyższego wymogu musi prowadzić do wniosku, że oferta treści wymagań SIWZ nie realizuje.

Tym samym, zdaniem Odwołującego - wyżej przedstawiony stan faktyczny winien skutkować odrzuceniem oferty wybranego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i świadczy o ewidentnym naruszeniu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

W świetle powyższego zarzut w tym zakresie winien zostać uwzględniony w całości.

II. Zarzut dotyczący potencjału wiedzy i doświadczenia wykazanego w ofercie Konsorcjum Alstal.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Konsorcjum Alstal z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z niepotwierdzeniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie się potencjałem podmiotu trzeciego udostępnionego w sposób niezapewniający realnego korzystania z jego zasobów, czyli w sposób niezgodny z wymaganiami §1 ust. 6 pkt 2 Rozporządzenia, Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 24 czerwca 2016 r. wezwał Konsorcjum Alstal w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów m.in. w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w pkt. 5.1.2 SIWZ, wskazując na nieprawidłowość złożonego zobowiązania do oddania niezbędnych zasobów przez IDS-BUD S.A., która oświadczyła w pierwotnie złożonym zobowiązaniu, iż będzie uczestniczyła w realizacji umowy, jako podwykonawca.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający podniósł, iż ze złożonego zobowiązania nie wynika zakres dostępnych wykonawcy Konsorcjum Alstal zasobów IDS-BUD S.A., zakres i okres udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca oraz sposób wykorzystania zasobów tego podmiotu przez Konsorcjum Alstal przy wykonywaniu zamówienia.

Mając to na uwadze Zamawiający wezwał Konsorcjum Alstal do przedłożenia dokumentów potwierdzających fakt dysponowania przez tego wykonawcę niezbędnymi zasobami.

Odwołujący zarzucił, że w odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca złożył jedynie nowe zobowiązanie IDS-BUD S.A., w którym określono, że udostępniający zasoby będzie brał udział jako podwykonawca w wykonaniu instalacji wodno-kanalizacyjnej oraz w pozostałym zakresie, niezbędnym do prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia. Ponadto zobowiązanie obejmowało:

- 1) uczestnictwo w realizacji zamówienia, w zakresie niezbędnym do prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia,
- 2) zapewnienie wykonawcy możliwości korzystania z porad oraz konsultacji udzielonych przez pracowników oraz osoby współpracujące z IDS-BUD S.A.,
- 3) zapewnienie możliwości korzystania z dostępnych IDS-BUD S.A. zasobów wiedzy, niezależnie od formy jej utrwalenia,
- 4) zapewnienie możliwości korzystania z wszelkich dostępnych IDS-BUD S.A. zasobów technicznych oraz organizacyjnych,
- 5) zapewnienie możliwości korzystania z dostępnego IDS-BUD S.A. „know-how” w dowolnej formie,
- 6) udostępnienie przez IDS-BUD S.A. zasobów w pozostałym zakresie niezbędnym do prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższych zapisów zobowiązania pisemnego, uwzględniając specyfikę przedmiotowego zamówienia i niewątpliwie skomplikowany charakter robót, Odwołujący

podniósł, iż nie sposób uznać, że rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, tj. wiedzy i doświadczenia we wzniesieniu kompletnego budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu o skali określonej powierzchnią budynku (aż 6000 m²) i wartości robót co najmniej 45 mln PLN, mógłby sprowadzać się wyłącznie do doradztwa, konsultacji czy wsparcia merytorycznego w zakresie wykonania robót budowlanych objętych przedmiotowym zamówieniem oraz wykonania samej tylko instalacji wodno-kanalizacyjnej.

Przekonywał, że aby można było mówić w realiach przedmiotowego postępowania o rzeczywistym poleganiu na zasobach IDS-BUD S.A., podmiot ten musiałby brać bezpośrednio udział w realizacji odpowiedniej części zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Natomiast IDS-BUD S.A. zobowiązał się do udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, jak doradztwo, konsultacje czy wsparcia merytoryczne przy realizacji tego zamówienia oraz ogólnie pojęte uczestnictwo Spółki w realizacji zamówienia w zakresie niezbędnym do jego prawidłowej i terminowej realizacji.

Odwołujący przyznał, że jedynie w wykonaniu samej instalacji wodno-kanalizacyjnej Spółka zobowiązała się uczestniczyć, jako podwykonawca.

Zdaniem Odwołującego podobne ogólnikowe deklaracje nie mogą prowadzić do wniosku, że Wykonawca powołujący się na zasoby tego podmiotu trzeciego dysponuje tymi zasobami w stopniu niezbędnym do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, a tym samym, w oparciu o takie brzmienie uzupełnionego zobowiązania pisemnego wykonawcy Zamawiający nie powinien być uznać, że Wykonawca wykazał spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia powołując się na potencjał IDS-BUD S.A., lecz dokonać wykluczenia rzeczonoego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący przywołał przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zgodnie, z którym 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 tymi zasobami w trakcie 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.

W ocenie Odwołującego w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp ustawodawca przesądził, że na zasadzie wyjątku od przywołanej powyżej zasady samodzielnego spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może polegać m.in. na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

Zaznaczył również, że dopełnieniem tej regulacji jest wynikająca z § 6 pkt 2 Rozporządzenia możliwość żądania przez Zamawiającego - dla oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów - dokumentów dotyczących w szczególności zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Podkreślił, że art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE (dyrektywa klasyczna).

W myśl przywołanych przepisów prawa unijnego wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Zdaniem Odwołującego z przywołanych przepisów Dyrektywy 2004/18/WE wynika, że prawodawca unijny przewidział dalej idące obostrzenia, aniżeli wynikające tylko z literalnej wykładni art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dla możliwości powołania się wykonawcy na zasoby podmiotów trzecich. Zgodnie z prawem unijnym możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona dla każdego postępowania i każdego wykonawcy, gdyż dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i „w przypadku konkretnego zamówienia”.

W ocenie Odwołującego z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE w zakresie możliwości powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty i możliwe jest w stosownych sytuacjach. Innymi słowy, zamawiający musi upewnić się, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do

wykonania zamówienia, a w konsekwencji, czy jest to „stosowna sytuacja”, o której mowa w przepisach dyrektywy. Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 Dyrektywy 92/50/WE, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienie się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia. (...).

Wskazał przy tym, że przepisy Dyrektywy 92/50/WE dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem, że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez Trybunał Sprawiedliwości UE w ww. orzeczeniu ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na takie udostępnienie się powołuje.

Argumentował również, że jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to, by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw, z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej, a są niezbędne do wykonania zamówienia. Udostępnienie musi mieć zatem rzeczywisty charakter, a nie służyć tylko do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący pozostaje w przekonaniu, że dołączone do Wykazu robót budowlanych na skutek dokonanego przez wykonawcę uzupełnienia dokumentów zobowiązanie pisemne Ids-Bud S.A., nadal (podobnie jak pierwotnie złożone) nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do udostępnianych zasobów i zdecydowanie nie jest wystarczające.

Dalej wywodził, że dopuszczenie przez Zamawiającego wskutek błędnej oceny złożonego oświadczenia Ids-Bud S.A. możliwości wykazania dysponowania zasobami innego podmiotu poprzez złożenie zobowiązania niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, może bowiem prowadzić do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawców niedysponujących zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, co byłoby oczywiście sprzeczne z celem normy

określonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Skupianie się wyłącznie na stronie formalnej, polegającej na złożeniu jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści, bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia, stoi w ewidentnej sprzeczności z celami i brzmieniem przywołanej wcześniej dyrektywy klasycznej, gdyż w tym znaczeniu nie stanowi to „stosownej sytuacji”.

Mając powyższe na względzie, wybrany wykonawca – zdaniem Odwołującego - winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a złożona przezeń oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bez możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek wyczerpania już możliwości zastosowania tego trybu w rzeczonym zakresie.

III. Zarzuty dotyczące potencjału kadrowego wykazanego w ofercie Konsorcjum Alstal.

1. W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazanych w uzupełnionym Wykazie osób, których opis doświadczenia zawodowego nie odpowiada wymogom określonym w pkt 5.1 pkt 3 SIWZ, Odwołujący wskazał, co następuje.

W odniesieniu do: 1/ kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych (p. J.R.), 2/ kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych (p. K.O.), 3/ kierownika robót telekomunikacyjnych (p. W.G.), 4/ kierownika robót drogowych (p. Z.L.), Konsorcjum Alstal nie wykazało we właściwej rubryce posiadanego przez te osoby wymaganego w SIWZ, co najmniej 5 - letniego doświadczenia w kierowaniu robotami po uzyskaniu uprawnień w posiadanej specjalności. Wskazano jedynie w sposób ogólny kilku - lub kilkunastoletnie doświadczenie osób. Z informacji tej nie wynika jednak, czy jest to doświadczenie wymagane w warunku. Sformułowanie nagłówka kolumny sugerowało, że można wpisać jeszcze inne doświadczenie. Nie można, więc, jednoznacznie stwierdzić, czy spełnia warunek udziału w postępowaniu. Analogicznie przedstawia się sytuacja w odniesieniu do wykazanego tu kierownika robót geologicznych, gdzie w rubryce „Doświadczenie” nie wykazano, o jakie doświadczenie chodzi, przez co także w przypadku tej osoby nie można jednoznacznie potwierdzić posiadania, co najmniej 5 - letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi. W świetle tak sformułowanej informacji w Wykazie osób, rubryka: „Doświadczenie”, Zamawiający nie był w stanie obiektywnie zweryfikować doświadczenia zawodowego wyżej wymienionych osób w kontekście

postawionych przez siebie wymogów. Tym samym, Zamawiający nie mógł skutecznie ocenić i potwierdzić spełnienia warunków udziału w postępowaniu w wymaganym zakresie. Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca 24.07.2016 r. był już wzywany do dokonania uzupełnienia Wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co skutkuje brakiem możliwości zastosowania rzeczzonego trybu w odniesieniu do wymienionego Wykazu i wykonawca ten winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

W przypadku jednak niepotwierdzenia wyczerpania trybu wezwania do uzupełnienia dokumentów w rzeczonym zakresie Zamawiający winien dokonać stosowanego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2. W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia wymogu zatrudnienia dotyczącego potencjału kadrowego określonego w pkt 3.4 SIWZ, jako niezgodności z treścią SIWZ, Odwołujący wskazał, co następuje.

W odniesieniu do oświadczenia zawartego w Wykazie osób oferty Konsorcjum Alstal, zwrócił uwagę, że Zamawiający zgodnie z pkt 3.4 SIWZ wymagał, aby wprost określone w powołanym punkcie SIWZ osoby mające wykonywać szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi, a wymienione z kolei w Wykazie osób, zatrudnione były u Wykonawcy lub podwykonawcy na umowę o pracę w pełnym wymiarze etatu (z wyłączeniem: Kierownika robót geologicznych i robót telekomunikacyjnych).

Podkreślił przy tym fakt, że oświadczenie znajdujące się w Wykazie osób wskazuje na jednoznacznie brzmiące zobowiązanie do realizowania zamówienia przy udziale osób, które będą zatrudnione w oparciu o umowę o pracę. Oświadczenie zawarte w Wykazie nie ma więc charakteru zobowiązania składanego wyłącznie na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (to jest na etapie składania ofert), lecz jest tak samo wiążące wykonawcę na etapie wykonania zamówienia.

Wskazał również, że zgodnie z brzmieniem pkt 3.4 SIWZ (po zmianie SIWZ z 27.04.2016 r.) - „Wymaganiem Zamawiającego jest zatrudnienie przez Wykonawcę lub podwykonawcę na umowę o pracę w pełnym wymiarze etatu pięciu osób wykonujących szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

1) Szczegółowe informacje dotyczące pracowników Wykonawcy lub podwykonawcy:

Wykaz stanowiskowy osób wykonujących szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi:

- kierownik budowy,
- kierownik robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych,
- kierownik robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych,
- kierownik robót drogowych,
- Koordynator - osoba do bezpośrednich kontaktów z Zamawiającym oraz Nadzorem Inwestorskim.”.

Według Odwołującego zasadność takiej interpretacji potwierdza nie tylko samo brzmienie oświadczenia wykonawcy ujęte w Wykazie osób, z którego wynika, że są to osoby, które będą wykonywały przedmiotowe zamówienie, ale również przypisywane przez zamawiającego znaczenie oświadczenia w Wykazie osób.

Odwołujący wskazał przy tym, iż w Wykazie osób Konsorcjum Alstal wymóg ten nie został spełniony przez wybranego wykonawcę w odniesieniu do następujących osób: 1/ p. J.R. - Kierownika robót instalacyjnych w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, klimatyzacyjnych, wodociągowych i kanalizacyjnych - poz. 2 Wykazu, 2/ p. Z.L. - kierownika robót drogowych - poz. 5 Wykazu oraz 3/ p. M.S. - koordynatora - osoby do bezpośrednich kontaktów z Zamawiającym oraz Nadzorem Inwestorskim - poz. 6 Wykazu, ponieważ jako podstawę dysponowania tymi osobami wskazano umowę cywilno-prawną (poz. 2 i 5 Wykazu) i umowę o współpracy (poz. 6 Wykazu) z ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o. o. Sp. k.

Zdaniem Odwołującego taka forma związania z wykonawcą stoi w ewidentnej sprzeczności ze sformułowanym wymogiem SIWZ i powinno to determinować odrzucenie oferty tego wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bez możliwości poprawy jej treści w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższe potwierdza zdaniem Odwołującego, że treść oferty wykonawcy w zakresie wymogu zatrudnienia wykazanych osób stosownie do pkt 3.4 SIWZ Konsorcjum Alstal nie odpowiada treści SIWZ, a przez to oferta ta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

IV. Zarzuty dotyczące wykluczenia Konsorcjum Coprosa.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Konsorcjum Coprosa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechania

odrzućcenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, co następuje.

Zwrócił uwagę, że dnia 24.06.2016 r. (godz. 12.10) Zamawiający wezwał wymienionego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie Wykazu osób, Wykazu robót budowlanych oraz zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych dla spółki Coprosa Polska sp. z o.o., które nie zostały złożone wraz z ofertą, żądając uzupełnienia wskazanych w piśmie braków w nieprzekraczalnym terminie do dnia 29.06.2016 r.

Zauważył, że wezwanie to przesłane zostało w formie elektronicznej (skan) na podany w ofercie Konsorcjum Coprosa adres coprosapolska@coprosa.pl ,a zatem na adres zgodny z żądaniem wykonawcy.

Wskazał, że Wykonawca nie udzielił odpowiedzi w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, lecz dopiero 01.07.2016 r., domagając się uwzględnienia składanych po terminie uzupełnień oraz składając wniosek o przywrócenie terminu do przedłożenia dokumentów i złożenia wyjaśnień do dnia 01.07.2016 r.

Zaznaczył również, że we wskazanym wniosku Konsorcjum Coprosa potwierdził, że wezwanie Zamawiającego wysłano 24.06.2016 r. z maila o adresie przetara12@poznan.sa.aov.pl na wyżej podany e-mail wykonawcy, podając przy tym następujące wyjaśnienia:

„Wiadomość ta nie dotarła jednak do Wykonawcy, tj. nie dotarła do środka komunikacji elektronicznej Wykonawcy w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (ani w żaden inny sposób). Serwer obsługujący pocztę Wykonawcy (xana), sprawdzający wiadomości algorytmem pod kątem SPAM i zainfekowania wirusowego rozpoznał wiadomość Zamawiającego jako niebezpieczną, w związku z czym wiadomość ta trafiła na tzw. szarą listę (greylisted), tj. listę, na której algorytm sprawdzający wiadomości wyszukiwał potencjalne zagrożenia i nie mógł przesłać jej aż do całkowitego zbadania, do kolejki wiadomości, schodzących na skrzynki e-mail Wykonawcy.

Wykonawca pomimo codziennego sprawdzania wiadomości e-mail i aktualizowania skrzynki pocztowej nie mógł otrzymać wiadomości od Zamawiającego, która pozostawała na serwerze na szarej liście i podlegała badaniu jako podejrzana o zainfekowanie aż do dnia 30.06.2016 r. W dniu 30.06.2016 r., o godz. 0:10, serwer, po zakończeniu weryfikowania wiadomości Zamawiającego, zwolnił wiadomość z szarej listy i rozesłał ją na konta e-mail Wykonawcy i dopiero od tego momentu, wiadomość dotarła do Wykonawcy, w sposób, w jaki mógł się z nią realnie zapoznać (...). ”.

Dodatkowo, wyjaśnił tu, że „serwer nie jest środkiem komunikacji elektronicznej Wykonawcy. Jest to urządzenie zewnętrzne, za którego działanie Wykonawca nie jest odpowiedzialny, serwer nie należy do Wykonawcy i nie jest przez niego kontrolowany.”.

Powyższe - zdaniem wykonawcy konkurencyjnego - uniemożliwiło odbiór wiadomości Zamawiającego z przyczyn od niego niezależnych.

W świetle powyższych wyjaśnień Odwołujący podniósł, iż bezsporne jest, że odpowiedź na wezwanie Zamawiającego nastąpiła po upływie wyznaczonego na dzień terminu, tj. po dniu 29.06.2016 r.

Odwołujący stwierdził, że nie może zgodzić się ze stanowiskiem wykonawcy wyrażonym przezeń we wniosku o przywrócenie terminu na uzupełnienie oraz podjętą w oparciu niemiarodajny dowód w postaci wydruku z serwera decyzją Zamawiającego i wskazał, że wbrew twierdzeniom Wykonawcy, informacja zawarta w spamie, jako dostępna dla wykonawcy winna być potraktowana, jako możliwa do zapoznania się z nią.

Według Odwołującego przedstawiony przez Konsorcjum Coprosa materiał dowodowy w postaci wydruku z serwera nie stanowi miarodajnej odpowiedzi i nie powinien stanowić podstawy do przywrócenia terminu uzupełnienia. Termin do wniesienia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów został przywrócony przez Zamawiającego na podstawie błędnych informacji.

Odwołujący nie zgodził się również z poglądem jakoby w kontekście przedmiotowego przypadku, w odniesieniu do wezwania do uzupełniania i upływu terminu składania odpowiedzi brak było w ustawie Pzp przepisów dotyczących sposobu wyznaczania chwili, w której następuje skuteczne złożenie oświadczenia woli składanego innej osobie i możliwe było odniesienie się tu do reguły doręczenia wyrażonej w art. 61 kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp.

Wskazał, że art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w sposób jednoznaczny precyzuje, że wykonawcę wzywa się do złożenia dokumentów „w wyznaczonym terminie”, który jest terminem zawitym (nieprzywracalnym), o ile wcześniej, przed jego upływem, Zamawiający sam nie wyrazi zgody na jego przedłużenie, co w rzeczonym przypadku nie miało miejsca.

Odwołujący wywodził, że nie jest to przedmiot nieuregulowany w ustawie Pzp i odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu cywilnego w oparciu o dyspozycję art. 14

ustawy Pzp nie może mieć miejsca, zgodnie zresztą z zasadą, że przepisy ustawy Pzp stanowią *lex specialis* wobec przepisów kodeksu cywilnego.

Zwrócił przy tym uwagę, że z ogólnych informacji na temat systemu filtrowania „greylist” standardowym opóźnieniem w doręczeniu poczty jest kilka do kilkunastu minut.

Zdziwienie Odwołującego budzi fakt, dlaczego w przypadku spornej wiadomości opóźnienie trwało aż 6 dni, tym bardziej że wykonawca ten nie odnotował podobnych problemów z doręczeniem mu innej korespondencji Zamawiającego, np. wezwania do uzupełnienia w zakresie Wykazu materiałów i urządzeń z dnia 04.07.2016 r., mimo że sposób przekazania wiadomości był tu ten sam.

Mając powyższe na względzie oraz biorąc pod uwagę fakt, że przedmiotem wezwania z dnia 24.06.2016 r. były oświadczenia i dokumenty zawierające istotne wady wymagające bezspornego uzupełnienia w zakresie wykazów robót i osób oraz zaświadczeń z US i ZUS, Zamawiający w świetle nieuzupełnienia powyższych braków w wyznaczonym terminie przez Konsorcjum Comprosa, winien – zdaniem Odwołującego - dokonać wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 - 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzucić złożoną przez tego wykonawcę ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W dniu 27 lipca 2016r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Konsorcjum ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp.k. (lider) i AGB 2 sp. z o. o. oraz w dniu 29 lipca 2016r. po stronie Odwołującego wykonawca Konsorcjum w składzie: Coprosa Polska Sp z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Construcciones Y Promociones Coprosa S.A. z siedzibą w Oviedo, Hiszpania, zwanego dalej Przystępującym Coprosa.

KIO 1354/16

KIO 1377/16

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, wraz ze zmianami, oferty Przystępującego Alstal i Przystępującego Coprosa, odwołań tych wykonawców wraz z załącznikami, wezwania Zamawiającego z dnia 24 czerwca 2016r. do uzupełnienia dokumentów, pisma przewodniego Przystępującego Alstal z dnia 28 czerwca 2016r. wraz z uzupełnionym wykazem osób oraz zobowiązaniem osoby trzeciej do udostępnienia zasobu, wezwania Zamawiającego z dnia 4 lipca 2016r. do uzupełnienia dokumentów, pisma przewodniego Przystępującego Alstal z dnia 6 lipca 2016r. wraz z uzupełnionym załącznikiem nr 11 stanowiącym wykaz materiałów i urzędzeń branży budowlanej, sanitarnej i telekomunikacyjnej, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2016r., jak również na podstawie złożonych na posiedzeniu i rozprawie przez strony i uczestników wyjaśnień oraz pism Izba postanowiła oba odwołania oddalić.

Odwołania nie zawierały braków formalnych, wpis został przez Odwołujących uiszczony, zatem odwołania podlegały rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do ich odrzucenia.

Rozstrzygając łącznie przedmiotową sprawę o sygn. akt KIO 1354/16, KIO 1377/16 Izba, po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego, nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1 i ust.3, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, art.89 ust.1 pkt. 2 i pkt. 5 ustawy Pzp, a także przepisu § 1 ust.6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia wykonawcy Przystępującego Alstal z przedmiotowego przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a także z powodu sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ.

Dokonując zebrania materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie Izba ustaliła, że stosownie do postanowienia pkt. 5.1.2 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, w szczególności dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia: Warunkiem udziału w postępowaniu jest wykonanie w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: – minimum 2 robót budowlanych polegających na wzniesieniu kompletnego budynku użyteczności publicznej wraz z instalacjami i zagospodarowaniem terenu o wartości co najmniej 45.000.000,00 zł brutto każda oraz o powierzchni netto budynku minimum 6.000 m² każda.

Izba stwierdziła również, że Przystępujący Alstal w swojej ofercie zadeklarował wykonanie czterech robót budowlanych na potwierdzenie powyższego warunku, przy czym jedna z robót była wykonana przez tego Wykonawcę osobiście (Termy Maltańskie w Poznaniu), a w pozostałym zakresie posłużył się potencjałem osób trzecich wykonawcy Ids-Bud S.A.

W zakresie możliwości udostępnienia potencjału osób trzecich Zamawiający wprowadził wyczerpujące regulacje w SIWZ i tak w pkt. 5.2 poinformował wykonawców, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne (tzn. w formie oryginału) zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Jednocześnie w pkt. 5.3 SIWZ Zamawiający wskazał wykonawcom, że w sytuacji, gdy przedmiotem zobowiązania do udostępnienia zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych są zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym (takie jak wiedza, doświadczenie), niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udostępnienia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, dokument zobowiązania powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, czy na innej podstawie), musi jednak zostać wykazane przez Wykonawcę w ofercie.

Dodatkowo Zamawiający w pkt. 5.4 SIWZ ustalił, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów, o których mowa w pkt. 6.6.

Izba stwierdziła również przy tym, że w pkt. 5.5 SIWZ Zamawiający określił wymóg, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych pkt. 6.2.

Izba ustaliła także, że w pkt. 6.6 SIWZ Zamawiający wprowadził postanowienie, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Natomiast w pkt. 6.7 SIWZ powiadomił wykonawców, że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych pkt. 6.2.

Poza tym Izba ustaliła, że w 5.6 SIWZ w przypadku podmiotów na zasobach, których polega Wykonawca na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień

publicznych, przedkładane przez Wykonawcę kopie dokumentów dotyczących każdego z tych podmiotów muszą być poświadczane za zgodność z oryginałem przez te podmioty.

Ostatecznie, w pkt. 5.7 SIWZ Zamawiający pouczył wykonawców, że zgodnie z art. 26 ust. 2e ustawy Prawo zamówień publicznych podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z art. 26 ust.2b ustawy Prawo zamówień publicznych odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów chyba, że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

W świetle powyższego, oceniając, uzupełnione zobowiązanie wykonawcy Ids-Bud S.A. z dnia 4 maja 2016r., Izba doszła do przekonania, że jego treść wykazuje realność przekazania wymaganego przez Odwołującego zasobu w zakresie wiedzy i doświadczenia zgodnie z postanowieniami SIWZ i przepisem art.26 ust.2b ustawy Pzp oraz § 1 ust.6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Izba zważyła, że w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Jednocześnie należy wskazać, że zgodnie z § 1 ust.6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności: a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu

zamówienia, c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Według zapatrywania Izby powyższe przepisy nie precyzują wszystkich form udostępnienia zasobu, wskazują jedynie przykładowo na pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, a także zawierają wskazówkę dla Zamawiającego, jakie elementy przesądzają o możliwości przekazania realnego zasobu osoby trzeciej do realizacji zamówienia.

W kontekście powyższego Izba uznała, że przedstawione przez Przystępującego Alstal zobowiązanie do udostępnienia zasobu przez IDS-BUD S.A. zawiera wszystkie przewidziane w § 1 ust.6 pkt. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane elementy, a uznaniowe rozszerzenie ich katalogu przez Zamawiającego oznaczałoby naruszenie zasady równości i konkurencyjności określonej w art.7 ust.1 ustawy Pzp, bowiem wobec jednego wykonawcy Zamawiający mógłby żądać bardziej szczegółowych informacji, a w stosunku do innych poprzestałby na dowodach już przedstawionych.

Izba wzięła również pod uwagę, że Przystępujący Alstal wykazał się wykonaniem jednej z dwóch wymaganych robót budowlanych, co oznacza, że nie jest to podmiot nieposiadający znajomości branży budowlanej w zakresie budowy dużych obiektów kubaturowych.

W takiej sytuacji skorzystanie przez Przystępującego Alstal z zasobu podmiotu trzeciego było w pełni uzasadnione, skoro jego osobiste doświadczenie nie było wystarczające.

Izba stanęła na stanowisku, że mogą być różne formy udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego. Może to być podwykonawstwo w rozumieniu art.36a ust.1 ustawy Pzp, gdzie wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Zdaniem Izby udostępnienie zasobu w zakresie doświadczenia i wiedzy może nastąpić również, jako doradztwo i konsultacje. Przy czym Izba jest zdania, że radą, to znaczy własnym doświadczeniem można się podzielić z innym podmiotem i nie jest to ograniczone jedynie do przekazywania wiedzy.

Wymaga również wskazania, że stosownie do pkt. 3.1.7) SIWZ Zamawiający poinformował wykonawców, że zgodnie z art. 36a ust. 2 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty konstrukcyjno-żelbetowe ścian i stropów stanu surowego otwartego.

Biorąc pod uwagę powyższe zastrzeżenie, należało uznać, że z treści złożonego oświadczenia Przystępującego Alstal o osobistym wykonaniu roboty konstrukcyjno-żelbetowych ścian i stropów stanu surowego otwartego oraz zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że Przystępujący Alstal oszacował swoje doświadczenie, jako dostateczne, przy czym zabezpieczył się pozyskując zobowiązanie podmiotu trzeciego do uczestnictwa w całym zakresie, niezbędnym do prawidłowej i terminowej realizacji przedmiotu zamówienia, a także zapewnił sobie możliwość korzystania z porad i konsultacji w trakcie realizacji kontraktu.

Przy czym, w ocenie Izby, jeżeli Przystępujący Alstal będzie w stanie wykonać samodzielnie część kluczową zamówienia, to nie było konieczne zadeklarowanie przez podmiot trzeci wyraźnie zakresu kluczowego, skoro jego wykonanie w charakterze uczestnictwa ma charakter ewentualny.

Należy podnieść, że powołane wyżej przepisy nie precyzują czy wykazywane dowody mają mieć postać zawartej już umowy o współpracy, czy też umowa taka dopiero będzie zawierana po zakończeniu przetargu.

Izba również zauważyła, że w postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie zgłosił żadnych zastrzeżeń, co do wiedzy i doświadczenia samego wykonawcy IDS-BUD S.A.

Reasumując, nie ma podstaw do przyjęcia, że udostępnienie przez wykonawcę IDS-BUD S.A. na rzecz Przystępującego Alstal zasobu wiedzy i doświadczenia nie ma charakteru realnego i nie zapewni prawidłowej realizacji zamówienia, a zatem brak jest podstawy do wykluczenia wykonawcy konkurencyjnego na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Poprzedzając przejście do oceny zarzutu Odwołującego opartego na twierdzeniu, że Przystępujący Alstal nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt. 6.4.1 SIWZ w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia należało złożyć wraz z ofertą wykaz osób,

które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 7. Ww. wykaz osób musi potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.1 SIWZ ppkt. 3).

W ocenie Izby Przystępujący Alstal spełnił powyższy wymóg zgodnie z powyższym warunkiem wpisując do 4 rubryki złożonego wraz z ofertą wykazu osób doświadczenie osób, którymi dysponuje.

Wobec braku wskazania przez Zamawiającego w SIWZ formuły, jaka miałaby zostać umieszczona w omawianej rubryce oraz nieokreślenia w SIWZ zakresu informacji dotyczących tego doświadczenia – zdaniem Izby – informacja o okresie tego doświadczenia, jako niezbędnego do wykonania zamówienia była wystarczająca.

Z powyższych względów Izba nie mogła uznać argumentacji Odwołującego o obowiązku wykluczenia Przystępującego Alstal z powodu nie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na zasadzie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut braku zatrudnienia przez Przystępującego Alstal trzech osób pełniących funkcje kierownicze i koordynacyjne na umowę o pracę w pełnym wymiarze w celu realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, że w pkt. 3.4 SIWZ Zamawiający określił wymagania związane z realizacją zamówienia dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę w ten sposób, że wymaganiem Zamawiającego jest zatrudnienie przez Wykonawcę na umowę o pracę w pełnym wymiarze etatu sześciu osób wykonujących szczególne zadania w zakresie kierowania robotami budowlanymi związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że w wykazie osób Przystępujący Alstal w dwóch przypadkach wskazał jako podstawę do dysponowania osobami umowę cywilnoprawną, a w jednym zadeklarował podstawę do dysponowania osobami umowę o współpracy.

Oceniając powyższe oświadczenie woli Przystępującego Alstal Izba przyjęła, że oświadczenie to dotyczy jedynie dysponowania zasobem osobowym i zostało złożone przez

tego wykonawcę dla potwierdzenia podmiotowego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które nie stanowi zobowiązania do wykonania zamówienia z udziałem tych osób w inny sposób niż na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze.

Oświadczenie odpowiadające powyższym wymogom SIWZ zostało złożone w pkt. 9 formularza ofertowego, który był uaktualniony w dniu 10 maja 2016r., gdzie Przystępujący Alstal oświadczył w nim, że przyjmuje na siebie zobowiązanie do realizacji przedmiotu umowy przy pomocy osób wymienionych w pkt. 3.4 SIWZ zatrudnionych na podstawie umowy o pracę.

Z powyższych względów powyższy zarzut Odwołującego nie można uznać za trafny, uzasadniający odrzucenie przez Zamawiającego oferty Przystępującego Alstal na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, jako sprzecznej z treścią SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp w zakresie złożenia przez Przystępującego Alstal dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków przedmiotowych niezgodnego z treścią SIWZ, a także naruszenia przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp z powodu zmiany treści oferty Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ wprowadził załącznik numer 11 określający Wykaz materiałów i urządzeń, które będą zastosowane do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Izba stwierdziła, że Przystępujący Alstal przy piśmie przewodnim z dnia 6 lipca 2015r. przedłożył na żądanie Zamawiającego z dnia 4 lipca 2016r. w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp uzupełniony powyższy załącznik nr 11.

Rozpoznając zarzut merytoryczny odwołań w zakresie braku spełniania wymogu SIWZ przez dozownik mydła w płynie nablatowego Izba uznała wyjaśnienia Zamawiającego o wystąpieniu omyłki pisarskiej w załączniku nr 11 SIWZ przewidującego wymiary wys.400 mm, szer.40 mm, gł.160 mm z tolerancją +- 5% w stosunku wymiarów wys.400 mm, szer.44 mm, gł.160 mm z karty nr 15 specyfikacji materiałowej projektu wykonawczego aranżacji wnętrz będącego częścią SIWZ.

W związku z powyższym powyższa okoliczność nie może obciążać wykonawców składających oferty z parametrami w granicach powyższych wymogów.

Odnosząc się do zarzutu niespełniania przez Przystępującego Alstal wymogów SIWZ przez centrale wentylacyjne LNW1 i LNW2 Izba uznała certyfikat TUV dla tych urządzeń za spełniający wymagania określone w załączniku nr 11 SIWZ.

Izba ustaliła, że Zamawiający w swoich wyjaśnieniach z dnia 05 maja 2016 r. dokonał zmiany treści SIWZ, gdzie na Pytanie 3: „W związku z zawarciem w dokumentacji przetargowej wymogu stosowania certyfikatu EUROVENT dla urządzeń wentylacyjno-klimatyzacyjnych (m.in. w formularzu załącznika do oferty nr 11) zwracamy uwagę, że jest to ocena dokonywana przez prywatną jednostkę certyfikującą na podstawie kryteriów określonych przez nią samą. W związku z publicznym charakterem zamówienia proszę o wskazanie, jakie równoważne certyfikaty będą akceptowane przez Zamawiającego. Uprzedzając ewentualną odpowiedź, w której Zamawiający stwierdzi, że nie ma obowiązku podawania innych równoważnych rozwiązań prosimy również o wskazanie konkretnych parametrów, które będą podstawą do oceny równoważności certyfikatów. Dodamy, że podane parametry w tabelach z formularza załącznika nr 11 do oferty jednoznacznie określają parametry funkcjonalne i energetyczne urządzeń, dlatego naszym zdaniem nie powinno być narzucania żadnej konkretnej jednostki certyfikującej. W szczególności należy mieć tutaj na uwadze publiczny charakter zamówienia.” udzielił odpowiedzi: „Certyfikaty EUROVENT wydawane są przez branżową organizację europejskich producentów urządzeń wentylacyjnych i klimatyzacyjnych EUROVENT CERTIFICATION COMPANY. Umożliwiają one otrzymanie przez projektanta czy inwestora pewności, iż oferowany wyrób poprzez parametry zawarte w katalogach, wydrukach danych technicznych wygenerowanych w programie doboru urządzeń już dla konkretnego przypadku, a na dostarczonym do klienta urządzeniu skończywszy, spełnia oczekiwania i deklarowane wymogi techniczne. Certyfikat organizacji może uzyskać każde przedsiębiorstwo produkujące urządzenia wentylacyjno-klimatyzacyjne. Podstawą zatwierdzenia parametrów central wentylacyjnych są aktualnie obowiązujące standardy ISO i normy CEN. Wymagany certyfikat jakości czy bezpieczeństwa jest tzw. dokumentem przedmiotowym, potwierdzającym cechy oferowanego przedmiotu zamówienia i sprowadza się do żądania przez Zamawiającego dostarczenia produktu, który przeszedł stosowne badania w trakcie procesu certyfikacji. Zamawiający jest uprawniony do zakupu towarów i usług o podwyższonym standardzie jakości czy po prostu towarów które przeszły określone testy i badania. W związku z tym Zamawiający dopuści badanie każdej innej jednostki certyfikującej potwierdzającej spełnienie parametrów technicznych dostarczanych urządzeń wentylacyjno-klimatyzacyjnych.”.

W świetle powyższego należy uznać, że jednostka certyfikująca TUV Rheinland Polska mogła wystawić stosowny certyfikat jakościowy dla oferowanego produktu.

Powyższe okoliczności potwierdza również oświadczenie producenta Clima-Produkt z dnia 11 maja 2016r. potwierdzające wykonanie powyższych central zgodnie z normami PN-EN 1886, PN-EN 13053 oraz PN-EN 1751 w oparciu o certyfikat wystawiony przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą TUV Rheinland Polska.

W zakresie zarzutu zaofiarowania przez Przystępującego Alstal izolacji SF6 dla rozdzielni SN-15kV stacji transformatorowej innej niż izolacja powietrzna, Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że zaofiarowana izolacja nie odpowiada treści SIWZ.

Przed wszystkim z przedłożonego wydruku ze strony internetowej nie wynika, że element stacji transformatorowej nie spełnia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego właściwości izolacyjnych stacji transformatorowej.

Izba ustaliła również, że z maila Produkt Managera rozdzielnic SN firmy ZPUE S.A. wynika, że właściwości izolacyjne gazu są niegorsze niż powietrza.

Powyższe, zatem oznacza, że nie zachodzi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.

Przechodząc do oceny zarzutu niespełnienia przez Przystępującego Alstal wymogu dostarczenia opraw oświetleniowych Izba uznała, że Odwołujący nie udowodnił, że Zamawiający zażądał opraw jednego producenta.

Izba stwierdziła, że jeżeli chodzi o oprawy oświetleniowe opisane w branży architektonicznej, to będą się one znajdować w pomieszczeniach socjalnych, natomiast lampy z branży elektrycznej będą zamontowane w punktach przewidzianych w projekcie elektrycznym. Powyższe nie oznacza jednak, że sporne oprawy nie spełniają wymaganych parametrów i są sprzeczne z projektem wykonawczym.

Rozpatrując zarzut niewypełnienia przez Przystępującego Alstal trzech pól w załączniku nr 11 w zakresie szafy Rack 19 HD 42U Izba uznała, że wypełnienie pola z oświadczeniem „tak” dotyczyło także tych trzech spornych pozycji.

Izba stanęła na stanowisku, że oświadczenie woli należy tłumaczyć w oparciu o całość jego treści. Jeżeli oświadczenie to potwierdza spełnianie wymogu, to przekopiowanie całej treści rubryki – „wartość wymagana” ma charakter jedynie formalny, nie przesądzający o możliwości wystąpienia innej treści tego oświadczenia.

Kolejny zarzut dotyczył naruszenia przepisu art.89 ust.1 pkt. 1 w związku z art.87 ust.1 ustawy Pzp z powodu zmiany przez Przystępującego Alstal treści oferty już po jej złożeniu.

W spornym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający wyjaśnił treść SIWZ i dokonał jej zmiany w piśmie z dnia 13 maja 2016r.w ten sposób, że na pytanie 9: „Czy w związku z obowiązkiem załączenia do oferty wykazu materiałów w postaci załącznika nr 11 Zamawiający przewiduje możliwość wyjaśnień i uzupełnień tego dokumentu przez Oferenta na etapie sprawdzania przez Zamawiającego ofert. Wskazane w wielu przypadkach parametry nie mają podanej dopuszczalnej tolerancji dla wartości. W kilku przypadkach zauważono brak podania dokumentu i/lub poziomu odniesienia dla podawanych wartości (lub podawania nietypowej wartości poziomu odniesienia) np. „poziom mocy akustycznej max” czy też „COP (dla % podłączenia 130%, temperatura wew. 20°C i zew. 19,8°C)”. Pozytywna odpowiedź na to pytanie umożliwi wszystkim Oferentom równe szanse w toczonym postępowaniu, udzielił odpowiedzi: „Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą załącznika nr 11 w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom Zamawiającego, czyli na podstawie § 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. W związku z powyższym dokument ten będzie podlegał przepisom ustawy Pzp w zakresie art. 26 ust. 3 Pzp i art. 26 ust. 4 Pzp...”.

Z powyższej modyfikacji SIWZ wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający nadał prawne znaczenie dla załącznika nr 11 przewidując wyraźnie, że dokument ten będzie podlegał uzupełnieniom.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jednocześnie w myśl przepisu art.26 ust.3 zd.1 ustawy Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i

dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Według uznania Izby okoliczność nie poinformowania przez Zamawiającego wykonawców o zakazie umieszczenia w załączniku nr 11 innych niż dotychczasowe produktów nie może pociągać dla nich negatywnych skutków w warunkach zaoferowania produktów odpowiadających treści SIWZ.

Z tych powodów Izba nie widzi podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Alstal na zasadzie art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp.

KIO 1377/16

Rozpoznając zarzut dotyczący obowiązku Zamawiającego wykluczenia Przystępującego Coprosa z przedmiotowego przetargu z powodu przekroczenia do terminu do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust.3 ustawy Pzp, Izba uznała go za bezzasadny.

Izba ustaliła, że w dniu 24 czerwca 2016r. Zamawiający za pomocą poczty elektronicznej wezwał w trybie art.26 ust.3 ustawy Pzp Przystępującego Coprosa do uzupełnienia dokumentów podmiotowych z żądaniem ich uzupełnienia do dnia 29 czerwca 2016r.

Izba stwierdziła, że powyższa wiadomość znalazła się na serwerze zewnętrznym w tym samym dniu na tak zwanej szarej liście, gdzie znajdują się wiadomości podlegające ocenie administratora serwera pod kątem możliwości wystąpienia zagrożenia wirusowego.

Zwolnienie tej wiadomości z szarej listy nastąpiło dopiero w dniu 30 czerwca 2016r. W tej samej dacie Przystępujący Coprosa zawniósł do Zamawiającego o przywrócenie terminu do przywrócenia tej czynności, na co ten wyraził zgodę.

Ostatecznie Przystępujący Coprosa uzupełnił żądane dokumenty w dniu 1 lipca 2016r.za zgodą Zamawiającego.

Stosownie do art. 61. § 1 kodeksu cywilnego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła

zapoznać się z jego treścią. Odwołanie takiego oświadczenia jest skuteczne, jeżeli doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej.

Zgodnie z art. 61 § 2 kodeksu cywilnego oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.

Według zapatrywania Izby Odwołujący nie dowiódł, że złożone przez Przystępującego Coprosa oświadczenie zostało złożone w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią przed zakończeniem terminu wyznaczonej czynności, a także nie wykazał, że wiadomość ta dotarła do folderu spamowego widocznego w komputerach Przystępującego Coprosa.

Nie została również przez Odwołującego udowodniona przyczyna, dla której sporna wiadomość była wstrzymana na serwerze zewnętrznym oraz przyczyn wystąpienia takiej sytuacji.

Nadto, Izba ustaliła, że Zamawiający nie monitował Przystępującego Coprosa w tej sprawie.

Ostatecznie, Izba doszła do przekonania, że Zamawiający miał prawo przywrócić termin do dokonania przedmiotowej czynności, skoro wykonawca faktycznie nie zapoznał się z wiadomością w sposób umożliwiający mu jej wykonanie w terminie żądania Zamawiającego.

Powyższy stan rzeczy – zdaniem Izby – nie upoważniał Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty na zasadzie art.24 ust.2 pkt. 4 w związku z art.22 ust.1 pkt.2-4 i art.89 ust.1 pkt. 5 ustawy Pzp

KIO 1354/16

KIO 1377/16

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić oba odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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:.....