

Sygn. akt: KIO 624/18, KIO 645/18

WYROK
z dnia 24 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Anna Wojciechowska
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Renata Tubisz
Protokolant:	Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 18 i 19 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez **wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**
- B. w dniu 3 kwietnia 2018 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Muzeum Historii Polski w Warszawie,**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 624/18 po stronie zamawiającego,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: IDS-BUD S.A. oraz Mar-Bud sp. z o.o. Budownictwo spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie,** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 624/18 oraz o sygn. akt KIO 645/18 po stronie zamawiającego,

przy udziale **wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 645/18 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnia oba odwołania i nakazuje zamawiającemu:

1.1. **w zakresie sprawy o sygn. akt KIO 624/18:** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, poprawienie w ofercie odwołującego (w załączniku nr 4 do SIWZ) oczywistych omyłek rachunkowych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a także wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: IDS-BUD S.A. oraz Mar-Bud sp. z o.o. Budownictwo spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego treści wynikałoby realne udostępnienie zasobu tego podmiotu przez wskazanie jaki zasób zostaje udostępniony oraz przez określenie przez podmiot udostępniający zakresu realizacji części zamówienia, do którego wykonania się zobowiązuje odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyniku dokonanej oceny złożonego uzupełnienia,

1.2. **w zakresie sprawy o sygn. akt KIO 645/18:** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: IDS-BUD S.A. oraz Mar-Bud sp. z o.o. Budownictwo spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego treści wynikałoby realne udostępnienie zasobu tego podmiotu przez wskazanie jaki zasób zostaje udostępniony oraz przez określenie przez podmiot udostępniający zakresu realizacji części zamówienia, do którego wykonania się zobowiązuje odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyniku dokonanej oceny złożonego uzupełnienia,

2. Pozostałe zarzuty zawarte w złożonych odwołaniach uznaje za niezasadne;

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Muzeum Historii Polski w Warszawie i

- 3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:
- A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,**
 - B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie**
- 3.2. Zasądza od **zamawiającego Muzeum Historii Polski w Warszawie,** na rzecz odwołujących się kwotę **43 600 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), w tym:
- A. kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
 - B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie,** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 624/18, KIO 645/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum Historii Polski w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pt. „Budowa Muzeum Historii Polski w Warszawie”*. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11 października 2017 r. za numerem 2017/S 195-401593. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018 zwanej dalej „ustawą pzp”).

KIO 624/18

W dniu 3 kwietnia 2018 r. odwołanie wniósł wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący Budimex.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego, a w konsekwencji zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
2. dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - IDS-BUD SA (lider konsorcjum] i Mar-Bud Sp. z o.o. Budownictwo sp. k. (partner konsorcjum] - zwanymi dalej łącznie „Konsorcjum IDS-BUD”, jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
3. zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum IDS-BUD;
4. zaniechaniu zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty budowlane polegające na budowie nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” (poz. 1 „wykazu robót budowlanych”), o dodatkowe informacje i dokumenty z których jednoznacznie wynikałoby, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum IDS-BUD spełniają warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ.

Zaskarżanym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

I. w zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu pomimo, iż nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do odrzucenia - w szczególności poprzez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż omyłkowe wypełnienie formularza stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ w sposób nieodpowiadający narzuconemu przez Zamawiającego sposobowi prezentacji cen częściowych stanowi błąd w obliczeniu ceny;

2. art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy omyłka polegająca na niedokonaniu prezentacji cen częściowych z uwzględnieniem narzuconego przez Zamawiającego wskaźnika procentowego, określonego w kolumnie 2 formularza cenowego (załącznik nr 4 do SIWZ), ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej, co obligowało Zamawiającego do jej poprawienia;

oraz - z ostrożności procesowej - na wypadek nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp, zarzucił również naruszenie:

3. art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy omyłka polegająca na niedokonaniu prezentacji cen częściowych z uwzględnieniem narzuconego przez Zamawiającego wskaźnika procentowego, określonego w kolumnie 2 formularza cenowego (załącznik nr 4 do SIWZ), ma charakter innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a której skorygowanie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty, co obligowało Zamawiającego do jej poprawienia.

II. w zakresie czynności wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD jako najkorzystniejszej w postępowaniu i zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp poprzez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż zobowiązanie Korporacji Altis - Holding stanowi o realnym udostępnieniu zasobu podmiotu trzeciego oraz błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest udostępniane doświadczenie, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD z uwagi na niewykazanie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ, ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu, zarzucił naruszenie:

art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD do przedłożenia Zamawiającemu zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego treści wynikałoby realne udostępnienie zasobu tego podmiotu oraz wykonanie zamówienia w zakresie, dla którego udostępniane doświadczenie jest wymagane.

2. art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD wobec przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ, w szczególności poprzez przedstawienie następujących nieprawdziwych informacji:

1) Poświadczenia w treści „wykazu robót budowlanych”, składanego jako dowód spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, iż w ramach budowy nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” została wykonana konstrukcja stalowa w klasie EXC 3, w szczególności dla elementów: kratownic stalowych, konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcję stropów oraz podkonstrukcji elewacji zewnętrznej;

2) Poświadczenia w treści „wykazu robót budowlanych”, składanego jako dowód spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, iż w ramach budowy budynku biurowego w Kijowie, p-t Lobanovskoho (d. Czervonozorianyi) 44, została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo - ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego;

3) Poświadczenia w treści „wykazu robót budowlanych”, składanego jako dowód spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, iż zamawiającym (inwestorem) w ramach zadania obejmującego budowę nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” była Administracja Państwowa w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego, oraz przedstawienia referencji uzyskanych od tego podmiotu, jako dokumentów mających potwierdzać w sposób obiektywny należyte wykonanie robót budowlanych;

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu w ramach którejkolwiek z określonych powyżej podstaw faktycznych, zarzucił naruszenie:

art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp poprzez zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ.

3. art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD wobec przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, że zamawiającym (inwestorem) w ramach zadania obejmującego budowę nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” była Administracja Państwowa w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego co mogło mieć wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w postępowaniu, w tym na decyzje o zaniechaniu wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień złożonych dokumentów,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutu, zarzucił naruszenie:

art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp poprzez zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ.

4. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp w zw. z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) - dalej jako „Rozporządzenie” poprzez zaniechanie zastosowania § 2 ust. 6 Rozporządzenia w sytuacji, gdy wykonawca Konsorcjum IDS-BUD nie udzielił wyjaśnień co do faktycznego zakresu robót budowlanych polegających na budowie nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” (poz. 1 „wykazu robót budowlanych”), co skutkowało bezzasadnym i bezkrytycznym uznaniem, iż wykonawca Konsorcjum IDS-BUD spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ, a w konsekwencji zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- uwzględnienia odwołania;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Konsorcjum IDS-BUD jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp lub, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia niniejszego wniosku, wniósł o nakazanie Zamawiającemu wystosowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy

pzp do przedłożenia zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego treści wynikałoby realne udostępnienie zasobu tego podmiotu oraz wykonanie zamówienia w zakresie, dla którego udostępniane doświadczenie jest wymagane;

- wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 16 i 17 ustawy pzp lub, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia niniejszego wniosku, wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia ww. wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp;

- zwrócenia się bezpośrednio do podmiotu, na rzecz którego realizowane były roboty budowlane polegające na budowie nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” (poz. 1 „wykazu robót budowlanych”), o dodatkowe informacje i dokumenty z których jednoznacznie wynikałoby, iż wykonawca Konsorcjum IDS-BUD spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. zawiadomienie o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD została mu przekazana w dniu 23 marca 2018 r.

Odwołujący wskazał, że na skutek niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona, uzyskałaby ona najwyższą liczbę punktów w oparciu o zastosowane kryteria wyboru. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi ewidentną szkodę. Odwołujący posiada interes prawny tak w kwestionowaniu czynności odrzucenia swojej oferty jak również kwestionowaniu prawidłowości wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD jako najkorzystniejszej. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę i jest uczestnikiem postępowania. W przypadku nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu Odwołującego w zakresie bezprawnego odrzucenia jego oferty Odwołujący jest uprawniony do kontroli działań Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Nie może się bowiem ostać decyzja Zamawiającego podjęta z błędem lub z naruszeniem przepisów ustawy pzp. Zazaczył, że oferta Konsorcjum IDS-BUD i oferta Odwołującego jako jedyne mieszczą się w środkach przeznaczonych przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Ostatnia ze złożonych ofert - oferta firmy Hochtief Polska S.A. jest droższa o ok. 70 mln. zł w stosunku do oferty Odwołującego oraz oferty Konsorcjum

IDS-BUD i o ponad 150 mln. przekracza pierwotnie przewidziany przez Zamawiającego budżet. Tym samym istnieje znaczne prawdopodobieństwo, że w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że oferta Budimex S.A. i Konsorcjum IDS-BUD zawierają nieusuwalne błędy, Zamawiający unieważni postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Wskazał, że interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia nie jest ograniczony jedynie do uzyskania zamówienia w ramach danego postępowania, ale również do uzyskania zamówienia w ramach postępowania wszczętego po skutecznym unieważnieniu postępowania, w którym nie było możliwe wyłonienie oferty najkorzystniejszej. Podkreślił, że w orzecznictwie TSUE został utrwalony pogląd zgodnie, z którym wykonawca odrzucony jest w pełni uprawniony do złożenia odwołania na obie decyzje Zamawiającego tak dotyczące odrzucenia jego oferty jak również do wyboru oferty konkurencji.

Odnośnie poszczególnych zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, co następuje:

I. Uzasadnienie zarzutów w zakresie czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający jako podstawę prawną wskazał wyłącznie przepis art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp. Uzasadnienie czynności odrzucenia jest niezwykle lakoniczne, i sprowadza się wyłącznie do prostego stwierdzenia w składanym wraz z ofertą formularzu (którego wzór stanowił załącznik nr 4 do SIWZ) błędu „polegającego na pominięciu w obliczeniach ceny narzuconego przez Zamawiającego wskaźnika procentowego dla poszczególnych robót określonych w kolumnie 2 wzoru formularza cenowego”. Poza powyższym, sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie nie wskazuje na jakiegokolwiek inne okoliczności faktyczne mogące uzasadniać odrzucenie oferty Odwołującego. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający nie posiada uprawnień do odwoływania się do innych okoliczności, niż wskazane w przesłanej Zamawiającemu informacji o odrzuceniu. Konkretyzacja stanowiska Zamawiającego na etapie postępowania odwoławczego powinna zostać uznana za spóźnioną.

Odwołujący podkreślił, iż w myśl rozdziału XIV ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) - w brzmieniu ustalonym w informacji o zmianie treści SIWZ z dnia 10 stycznia 2018 r. (str. 25 i nast.) - wykonawcy zobowiązani byli obliczyć cenę oferty w oparciu o zakres prac i robót przedstawionych w SIWZ wraz z załącznikami (w szczególności załączniku nr 1 - dokumentacja projektowa opracowana przez WXCA Sp. z o.o. (komplet)). Z powyższego wynika jednoznacznie, iż jako podstawę do obliczenia ceny oferty wszyscy wykonawcy zobowiązani byli przyjąć rzeczywisty zakres robót, ustalony na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, zawartego w dokumentacji postępowania, a nie treść zawartą w załączniku nr 4 do SIWZ. Zarówno więc powyższe jak i przyjęty ryczałtowy charakter wynagrodzenia (co wynika z pkt. 19.3.1 załączonego do SIWZ wzoru umowy) prowadzi do

jednoznacznego wniosku, iż w pkt. 1 formularza ofertowego, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do SIWZ, w polu „Oferujemy wykonanie całości robót objętych zamówieniem, o których mowa w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie ze wszystkimi wymogami, o których mowa w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania za cenę:” wykonawca zobowiązany był podać cenę całkowitą, którą Zamawiający zobowiązany będzie zapłacić wykonawcy z tytułu realizacji umowy. Taką też cenę wskazał w swojej ofercie Odwołujący. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się jednolicie, iż w przypadku ustalenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wszelkie załączone do oferty kosztorysy mają charakter jedynie pomocniczy, i jako takie nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia błędu w obliczeniu ceny (tak m.in. KIO 754/14 i in.). Argumentacja ta była podnoszona we wniesionym przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwołaniu od postanowień SIWZ, zarejestrowanym pod sygnaturą KIO 2219/17. Odwołujący wykazywał, iż z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, przedkładanie kosztorysu wraz z ofertą stanowi wymóg jedynie formalny, całkowicie zbędny z punktu widzenia weryfikacji zaoferowanej ceny. Izba umorzyła postępowanie w zakresie ww. zarzutu, z uwagi na jego uwzględnienie przez Zamawiającego. Dokonując odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o treść formularza zawierającego ceny częściowe, Zamawiający de facto podejmuje czynności w sposób niezgodny z uprzednio uwzględnionym przez siebie zarzutem odwołania.

Odwołujący zaoferował realizację zamówienia za zryczałtowaną kwotę w wysokości 565.480.000,00 zł brutto. Zamawiający zobowiązał jednocześnie wykonawców do prostego przeniesienia ceny całkowitej z pola cena oferty w formularzu ofertowym (załącznik nr 2 do SIWZ) do pola „ogółem cena realizacji” w załączniku nr 4 do SIWZ (tak: rozdział XIV pkt. 3, zdanie 5 SIWZ). Rozdział XIV pkt. 3, zdanie 5 SIWZ wskazuje jednoznacznie kierunek, w którym wartość ta musi zostać przeniesiona, tj. z formularza oferty (załącznik nr 2) do formularza cenowego (załącznik nr 4), a nie odwrotnie. Wykonawcy zobowiązani więc byli podać w ofercie nie tylko cenę ryczałtową za realizację całości zamówienia (w formularzu oferty), lecz również dokonać prezentacji tej samej ceny w rozbiciu na ceny częściowe, ściśle według reguł formularza, którego wzór stanowił załącznik nr 4 do SIWZ (pkt. IX.3.2 i XIV.5 SIWZ). Odwołujący nie był uprawniony do dokonywania w treści załącznika nr 4 do SIWZ jakichkolwiek zmian, ani też do kształtowania jego treści w sposób inny, niż zostało to z góry narzucone przez Zamawiającego. Wynika to wprost z pkt. XIV.5 SIWZ, jak i również wyjaśnień udzielanych w toku postępowania. W odpowiedzi na pytanie nr 176 (pismo z dnia 14 listopada 2017 r.) Zamawiający potwierdził, iż wykonawcy nie mogą zmienić ustalonych w załączniku nr 4 wskaźników procentowych poprzez dostosowanie ich wysokości do rzeczywistego udziału poszczególnych pozycji formularza w zaoferowanej cenie. Zarówno

powyższe, jak i analiza treści formularza stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ prowadzi do wniosku, iż kolumna „cena netto”, a w konsekwencji również i „cena brutto” załącznika nr 4 może być uzupełniona tylko i wyłącznie w jeden sposób, tj. poprzez wynik działania arytmetycznego polegającego na obliczeniu od całkowitej ceny oferty (która musiała zostać przeniesiona z formularza ofertowego - załącznika nr 2) odsetka procentowego wskazanego w kolumnie „wskaźnik %”. Zamawiający wprost potwierdził prawidłowość takiego sposobu działania również w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując na obowiązek zastosowania tych wskaźników procentowych przy obliczaniu wartości w poszczególnych pozycjach. Wszystkie argumenty działania arytmetycznego, o którym mowa powyżej są argumentami pewnymi. Cena całkowita (o charakterze ryczałtowym) wynika wprost z treści formularza ofertowego (załącznik nr 2 do SIWZ). Wartości procentowe, które należało przyjąć do obliczeń, zostały natomiast zawarte w załączniku nr 4 do SIWZ, narzucone z góry, i Zamawiający nie dopuścił ich zmiany. Nieprawidłowości w przedłożonym przez Odwołującego załączniku nr 4, mają więc charakter oczywistych omyłek - niezamierzonego działania ze strony wykonawcy, co nasuwa się automatycznie, samodzielnie, poprzez analizę samej oferty, bez konieczności stosowania procedury wyjaśniającej. Zamawiający stwierdzając błędny wynik ww. działania arytmetycznego w formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ był zobowiązany do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp poprzez wykonanie działania arytmetycznego w sposób przez siebie ściśle określony w dokumentacji postępowania, i zawiadomienia o tym fakcie Odwołującego. Należy zważyć, iż poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym wprost z ww. przepisu ustawy pzp, niezależnym od jego arbitralnej decyzji. Oczywistą omyłką rachunkową jest omyłka wynikająca z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Stwierdzenie omyłki może mieć miejsce w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu.

Odwołujący zaznaczył, że ewentualne przypisywanie załącznikowi nr 4 do SIWZ waloru kosztorysu, który miałby stanowić podstawę obliczenia całkowitej ceny oferty nie tylko byłoby sprzeczne z postanowieniami SIWZ, lecz przede wszystkim przeczyłoby elementarnym zasadom logiki. Argumentacja w tym kierunku musiałaby bowiem opierać się na założeniu, iż poszczególne pozycje formularza stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ zawierają ceny jednostkowe, na podstawie których należało wyliczyć cenę oferty, a w konsekwencji założeniu, iż ceny te mogły być dowolnie kształtowane przez wykonawców. Oba te założenia są błędne. Żadne z postanowień SIWZ czy też załączników nie przypisuje wartościom w ww. formularzu charakteru cen jednostkowych/cząstkowych, ani też takich, na podstawie których winna zostać obliczona cena całkowita. Pojęciem „cen jednostkowych” lub

„cen częściowych” w ogóle nie posługuje się rozdział XIV SIWZ („sposób obliczenia ceny”). Zamiast tego w pkt. 3 ww. rozdziału wskazano, iż załącznik nr 4 zawiera „wartości”, a nie ceny. Również wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia wykonawcy, które nie opiera się na jego obliczeniu na podstawie cen jednostkowych, przedstawianie tych cen Zamawiającemu byłoby całkowicie zbędne. Próba obliczenia całkowitej ceny oferty w oparciu o wartości jednostkowe zawarte w formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ musiałaby prowadzić do absurdalnej sytuacji, w której - z uwagi na przyjęcie sztywnych odsetków procentowych dla poszczególnych pozycji - całkowita cena oferty musiałaby zostać ustalona na podstawie tylko jednej wartości jednostkowej, co implikowałoby konieczność dostosowania do niej pozostałych wartości jednostkowych, a w konsekwencji całkowitej ceny oferty. Mogłoby więc dojść do sytuacji, w której cena oferty byłaby ustalona np. w oparciu o odsetek procentowy dla pozycji nr 10.5.3 „byliny” czy też pozycji nr 9 „pozostałe”. Dlatego też w pełni oczywistym jest, iż przypisywanie formularzowi stanowiącemu załącznik nr 4 do SIWZ waloru kosztorysu byłoby nie do przyjęcia.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona błędy w obliczeniu ceny. Ustalając wystąpienie tej przesłanki zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu, w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia. Weryfikacja prawidłowości wyliczenia ceny powinna dotyczyć również prawidłowego rozumienia przez wykonawcę powszechnie obowiązujących przepisów prawa, zwłaszcza mających wpływ na obliczenie ceny np. ustawy o VAT. Zatem z błędem w obliczeniu ceny oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia (lub uwzględnienia w sposób nieprawidłowy) w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów cenotwórczych, wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu lub warunków realizacji. Do popełnienia błędu w obliczeniu ceny lub kosztu dochodzi w wyniku błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę, wynikającego z przepisów prawa lub wymagań określonych w SIWZ i przyjęcia nieprawidłowych lub nie znajdujących uzasadnienia podstaw dokonywanej kalkulacji.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazał na żadną z ww. okoliczności, ani też nie odwoływał się do określonego w pkt XIV ust. 1 SIWZ sposobu obliczenia ceny. Powołał się jedynie na kwestię czysto formalną, jaką jest niezaprezentowanie ceny całkowitej w narzucony przez Zamawiającego z góry sposób. Brak prezentacji ceny zgodnie z formularzem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty, a co najwyżej podstawę do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp, poprzez przeprowadzenie z góry narzuconych przez Zamawiającego

działań arytmetycznych.

Zasadne wydaje się również założenie, iż skoro treści formularza cenowego, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ Odwołujący nie mógł ukształtować inaczej, jak tylko poprzez prezentację ceny całkowitej w sposób ściśle określony przez Zamawiającego, to treść tego dokumentu nie może w ogóle stanowić podstawy do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty. Trudno w tym zakresie mówić o jakimkolwiek elemencie wynikającej z decyzji czy złożeniu oświadczenia woli przez Odwołującego. Odwołujący w sposób wyraźny zaakceptował treść oferty i SIWZ, w tym warunki Umowy (oświadczenie 1, 4, 7 i 8 formularza oferty), tym samym zaakceptował również zasady dotyczące sposobu prezentacji/rozbicia ceny.

Rekapitulując powyższe, dokonując odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp, oraz nie dokonując poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w załączniku nr 4, Zamawiający naruszył oba te przepisy. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego jest więc czynnością wadliwą, i nie może się ostać.

Niezależnie od powyższych argumentów, przemawiających w sposób jednoznaczny za unieważnieniem czynności odrzucenia oferty Odwołującego, Odwołujący - z ostrożności procesowej - wyłącznie na okoliczność nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, sformułował również alternatywny zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 tejże ustawy. Przepis art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp znajduje szersze zastosowanie, i obejmuje swoją dyspozycją wszelkie inne omyłki (nie tylko te o charakterze działań na liczbach). Jak wynika z rządowego uzasadnienia projektu ustawy wprowadzającej omawianą regulację do systemu prawnego było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Intencją ustawodawcy było usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, zmniejszenia liczby odrzuconych ofert i unieważnionych postępowań. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej punktem odniesienia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest odniesienie dokonanej poprawy do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałyby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiających dokonanie poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach. Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, co w niniejszym stanie faktycznym stanowi okoliczność oczywistą.

Powyższe przemawia za tym, iż w okolicznościach niniejszej sprawy możliwe byłoby również w ocenie Odwołującego zastosowanie art. 87 ust. 3 pkt. 3 ustawy pzp i skorygowanie treści formularza, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ, poprzez wpisanie wartości obliczonych na podstawie wskaźników procentowych narzuconych przez Zamawiającego. Ponieważ taka zmiana dotyczyłaby tylko prezentacji ceny całkowitej w rozbiciu na narzucone „wartości”, i jednocześnie nie prowadziłby do zmiany ceny całkowitej, uznać trzeba, iż nie spowodowałaby ona istotnej zmiany w treści oferty, o ile w ogóle możemy w tym przypadku mówić o jakiegokolwiek zmianie treści oferty (tj. oświadczenia woli Odwołującego).

II. Uzasadnienie zarzutów w zakresie czynności wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp, ew. art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Wykonawca Konsorcjum IDS-BUD wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ (w brzmieniu ustalonym w piśmie Zamawiającego z dnia 10 stycznia 2018 r.), w całości powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego - Korporacji „Altis-Holding” z siedzibą na Ukrainie.

Sposób wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, z którego korzysta Konsorcjum IDS-BUD, został przez ustawodawcę dopuszczony jedynie w sytuacji, gdy podmiot trzeci udostępniający potencjał faktycznie zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których konieczne jest doświadczenie wymagane przez Zamawiającego (art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Ponadto, wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego, zobowiązany jest wykazać zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie faktycznie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu, w szczególności przedstawiając jego pisemne zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji zasobów niezbędnych na okres realizacji zamówienia (art. 22a ust. 2 ustawy pzp).

Jak wynika z treści zobowiązania Altis-Holding przedłożonego wraz z ofertą, podmiot trzeci zobowiązał się do udostępnienia „dwóch z czterech” wymienionych zakresów robót. Nie wskazano jednak, których konkretnie, co stanowi treść kluczową z punktu widzenia oceny, czy zakres zobowiązania podmiotu trzeciego odpowiada zakresowi przedmiotowemu pozostałych dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenia). Na podstawie tak sformułowanego zobowiązania nie sposób ustalić, co jest przedmiotem udostępnienia.

Ponadto, z treści przedstawionego przez wykonawcę Konsorcjum IDS-BUD wykazu

robót budowlanych wynika, że udostępnione winny być co najmniej trzy zakresy robót- tj. konstrukcja stalowa w klasie EXC3 (dworzec lotniczy we Lwowie), fasada szklana (biurowiec w Kijowie) i płyta fundamentowa z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej (wspólne dla dworca lotniczego we Lwowie i biurowca w Kijowie).

W zakresie „sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów” treść zobowiązania jest równie nieprecyzyjna. Wskazano bowiem, iż wykorzystanie zasobów nastąpi poprzez wykonanie przez podmiot trzeci „dwóch z czterech” zakresów robót. Na podstawie takiego sformułowania nie sposób stwierdzić, w jakim rzeczywiście zakresie podmiot udostępniający zasób weźmie udział w realizacji zamówienia oraz na czym, dokładnie ten udział ma polegać. Jest to o tyle istotne, iż przepis art. 22a ust 4 ustawy pzp wprost formułuje wymóg zrealizowania przez podmiot udostępniający zasób tych robót, do realizacji których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Na podstawie złożonego zobowiązania weryfikacja tego wymogu w ogóle nie jest możliwa - może bowiem wystąpić sytuacja, w której doświadczenie w zakresie dwóch zakresów z czterech będzie udostępnione, a inne „dwa z czterech” będą faktycznie wykonane. Odwołujący zauważył także, iż zobowiązanie się do wykonania „dwóch z czterech” zakresów robót nie jest wystarczające do wykazania, iż podmiot trzeci wykona prace w zakresie, w którym powinien udostępnić zasób zgodnie z wykazem robót budowlanych. Podmiot trzeci powinien był zobowiązać się do realizacji co najmniej trzech zakresów.

Zamawiający - pismem z dnia 23 lutego 2018 r. - wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wykonawcę Konsorcjum IDS-BUD do uzupełnienia zobowiązania Korporacji Altis - Holding w przedmiocie udostępnienia potencjału, wymagając „przedstawienia zobowiązania jednoznacznie precyzującego zakres i sposób wykorzystanych zasobów”.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Konsorcjum IDS-BUD przedłożył nowe zobowiązanie Altis-Holding, jednakże było ono obarczone dokładnie tymi samymi wadami, o których mowa powyżej. Nadal nie wiadomo, które z „dwóch z czterech” robót podlegają udostępnieniu, które „dwa z czterech” zakresów podmiot trzeci wykona przy realizacji zamówienia, ani też dlaczego udostępnione są „dwa z czterech” a nie „trzy z czterech” zakresów, albowiem taka liczba wynika z treści wykazu robót budowlanych. Nie wiadomo również, czy podmiot trzeci zobowiązał się wykonać te same roboty, w zakresie których udostępnia własne doświadczenie, czy też inne. Zobowiązanie jest lakoniczne i ogólnikowe i sprowadza się jedynie do kopiowania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Konsorcjum IDS-BUD nie sprostał zatem ciężarowi udowodnienia Zamawiającemu, że realnie ma możliwość korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, do czego był zobowiązany na podstawie art. 22a ust. 2 ustawy pzp. Mając powyższe na względzie nie sposób w ocenie Odwołującego stwierdzić, aby Konsorcjum IDS-BUD wykazał spełnienie

warunków udziału w postępowaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy nie jest możliwe ponowne wezwanie Konsorcjum IDS-BUD do uzupełnienia art. 26 ust 3 ustawy pzp w celu uzyskania prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza, iż wielokrotne wzywianie do uzupełnienia tego samego dokumentu stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad postępowania tj. zasady równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Dokonując wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD jako najkorzystniejszej, Zamawiający całkowicie pominął więc ustalenie, czy udostępnienie zasobów jest wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a przy tym ma charakter realny, oraz ustalenie, czy podmiot trzeci faktycznie wykona roboty budowlane, dla których udostępniane doświadczenie jest wymagane. Dokonany wybór jest więc czynnością wadliwą, która nie może się ostać. Wykonawca Konsorcjum IDS-BUD winien zostać wykluczony z postępowania, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy pzp ew. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp - wprowadzenie w błąd w zakresie cech konstrukcji stalowej.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia, którego sposób oceny został zawarty w pkt. 2.2.1 SIWZ, wykonawca Konsorcjum IDS-BUD przedłożył Zamawiającemu „wykaz robót budowlanych”. W treści ww. wykazu oświadczył, iż w ramach zadania „Budowa nowego dworca lotniczego PP Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” podmiot trzeci, na potencjał którego się powołuje, wykonał należycie „konstrukcję stalową w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych - konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcję stropów oraz podkonstrukcję elewacji zewnętrznej.

Powyższa informacja ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy wykonawca Konsorcjum IDS-BUD spełniał warunek udziału w postępowaniu, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ. Informacja ta jest w ocenie Odwołującego nieprawdziwa i została przedstawiona w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do przedmiotu wykonanych robót, co miało służyć wywołaniu u Zamawiającego mylnego przeświadczenia, iż wykonawca Konsorcjum IDS-BUD spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Wykonawcą konstrukcji stalowej na budowie przedmiotowego dworca lotniczego było przedsiębiorstwo Zakład Konstrukcji Stalowych Ukrstal Żytomierz (dalej: „Ukrstal”). Przedsiębiorstwo to zajmuje się w zasadzie wyłącznie produkcją i montażem

konstrukcji stalowych. Jak oświadczył wykonawca Konsorcjum IDS-BUD w treści „wykazu robót budowlanych”, dworzec lotniczy realizowany został w okresie od grudnia 2009 r. do grudnia 2012 r. Wykonawca konstrukcji stalowej - przedsiębiorstwo Ukrstal uzyskało uprawnienia do realizacji konstrukcji stalowych w klasie EXC 3 dopiero z dniem 21 września 2012 r. Choć certyfikat został uzyskany jeszcze przed zakończeniem budowy dworca lotniczego, to miało to miejsce już w końcowej jej fazie, niewiele ponad trzy miesiące przed jej zakończeniem. Faktem notoryjnym jest, iż w fazie tej wykonuje się co do zasady już tylko roboty wykończeniowe, a nie konstrukcję stalową obiektu, które to zadanie należy umiejscowić na jednym z początkowych etapów realizacji inwestycji. Odwołujący podkreślił również, iż na terenie Ukrainy wprowadzono nakaz stosowania normy DSTU B EN 1090-1:2009+A1:2011 (określającej wymogi dla klasy EXC3) rozporządzeniem nr 355 z dnia 18 grudnia 2014 r., a więc niemal dwa lata po zakończeniu realizacji dworca lotniczego we Lwowie. Z powyższego wynika, iż przedsiębiorstwo Ukrstal nie mogło wykonać konstrukcji stalowej przedmiotowego dworca lotniczego w klasie EXC 3, albowiem w momencie jej realizacji nie posiadało ono formalnego potwierdzenia zdolności do wykonywania konstrukcji w tej klasie, ani też na terenie Ukrainy nie obowiązywała w tym czasie norma określająca standardy dla tej klasy. Tym samym konstrukcje stalowe wykonane w ramach budowy przedmiotowego dworca lotniczego nie mogły być konstrukcjami ani wykonanymi ani też choćby zaprojektowanymi co najmniej w klasie EXC 3.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca poświadczył, iż w ramach budowy dworca lotniczego we Lwowie wykonane zostały dźwigary stalowe o rozpiętościach co najmniej 30 m. Jest to w ocenie Odwołującego informacja nieprawdziwa, albowiem dźwigary stalowe w tym obiekcie mają rozpiętość nieprzekraczającą 22 m. Wykonawca Konsorcjum IDS-BUD poświadczył również, iż konstrukcja dachu dworca lotniczego została wykonana w technologii kratownic stalowych. Nie jest to informacja prawdziwa - konstrukcja ta została wykonana jako konstrukcja ramowa, z blachownic spawanych o przekroju dwuteowym. Niezależnie od powyższego Odwołujący zaznaczył, iż wykonawca Konsorcjum IDS-BUD został przez Zamawiającego wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do jednoznacznego wyjaśnienia zakresu robót budowlanych wykonanych w ramach roboty wskazanej w poz. 1 wykazu robót budowlanych (dworzec lotniczy we Lwowie) przedstawionego przy piśmie z dnia 6 marca 2018 r, pismem z dnia 13 marca 2018 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie (pismo wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD z dnia 21 marca 2018 r.), wykonawca de facto odmówił udzielenia wyjaśnień twierdząc, iż zakres robót został opisany dostatecznie precyzyjnie, po czym skopiował przedmiot robót z przedłożonego pierwotnie wykazu robót budowlanych i potwierdził prawidłowość jego opisu. Do wyjaśnień wykonawca załączył „czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu”, wykaz robót

budowlanych w brzmieniu tożsamym do przedłożonego pierwotnie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż Zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Zaznaczyć jednak należy, że wykonawca nie może wykorzystywać braku zakazu samodzielnego składania dokumentów w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz (tak: m.in. KIO 9/15).

Nie ulega w ocenie Odwołującego wątpliwości, iż oba przedłożone wykazy wykonanych robót budowlanych nie tylko zawierają informacje nieprawdziwe, lecz również nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę Konsorcjum IDS-BUD warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Wobec powyższego, gdyby Zamawiający nie wykluczył wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy pzp, to wykonawca ten powinien być zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 tejże ustawy, jako ten, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe wystosowanie kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych. Wystosowanie takiego wezwania przez Zamawiającego stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy pzp ew. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp - wprowadzenie w błąd w zakresie cech fasady szklanej.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia, którego sposób oceny został zawarty w pkt. 2.2.1 SIWZ, wykonawca Konsorcjum IDS-BUD przedłożył Zamawiającemu „wykaz robót budowlanych”. W treści ww. wykazu oświadczył, iż w ramach zadania „Projekt i budowa budynku biurowego w standardzie dyplomatycznym w mieście Kijów; p-t Lobanovskoho (dawny Czervonozorianyi), 44” wykonał należycie „wielkoformatową fasadę szklaną na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego.

Powyższa informacja ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy wykonawca Konsorcjum IDS-BUD spełniał warunek udziału w postępowaniu, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ. Informacja ta jest nieprawdziwa i została przedstawiona w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do przedmiotu wykonanych robót, co miało służyć wywołaniu u Zamawiającego mylnego przeświadczenia, iż wykonawca IDS-BUD spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Fasada budynku, mieszcząca się pod wskazanym adresem w Kijowie, nie została wykonana ani w

technologii żebra szklanego ani też profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego. Cechą charakterystyczną fasad wykonanych w technologii żebra szklanego (jak i również profilu stalowego zespolonego z żebrem szklanym) są wyraźnie widoczne na zewnątrz połączenia paneli elewacyjnych z żebrem. Szklane panele przymocowane są do szklanych żeber za pomocą uchwytów, zwanych rotulami. Oznacza to, że ciężar szklanych paneli przenoszony jest na żebra stanowiące konstrukcję wsporczą przez widoczne połączenie, znajdujące się przy narożnikach każdego panelu. Na fasadzie przedmiotowego budynku brak jest widocznych połączeń paneli elewacyjnych z żebrem (uchwytów). Przesądza to jednoznacznie o wykonaniu tej fasady w innej technologii, najprawdopodobniej jest to konstrukcja słupowo - ryglowa, na ramie aluminiowej, a więc mniej zaawansowana technologicznie, niż wymagana przez Zamawiającego w opisie sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, iż wykonawca Konsorcjum IDS-BUD przedłożył wykaz robót budowlanych zawierający ww. informację już dwukrotnie. Po raz pierwszy - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wystosowane w trybie art. 26 ust. 2f ustawy pzp, a po raz drugi - samodzielnie, jako załącznik do pisma z dnia 21 marca 2018 r. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż Zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu. Zaznaczyć jednak należy, że wykonawca nie może wykorzystywać brak zakazu samodzielnego składania dokumentów w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz (tak: m.in. KIO 9/15).

Nie ulega wątpliwości w ocenie Odwołującego, iż oba przedłożone wykazy wykonanych robót budowlanych nie tylko zawierają informacje nieprawdziwe, lecz również nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę Konsorcjum IDS-BUD warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wobec powyższego, gdyby Zamawiający nie wykluczył wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 16 lub 17 ustawy pzp, to powinien on wykluczyć go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 tejże ustawy, jako tego, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest bowiem możliwe wystosowanie kolejnego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia wykazu robót budowlanych. Wystosowanie takiego wezwania przez Zamawiającego stanowiłoby naruszenie art. 7 ust 1 ustawy pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy pzp ew. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp i zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 ew. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp - wprowadzające w błąd oznaczenie inwestora.

Zamawiający w pkt III.2.3 ogłoszenia i rozdz. VI pkt 2.2.1 SIWZ wymagał, aby wykonawcy legitymowali się doświadczeniem obejmującym wykonanie w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tzn. wykonaniem co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonania co najmniej 2 z wymienionych poniżej zakresów robót: a) wykonania elewacji wentylowanej i okładziny wewnętrznej z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, b) wykonania wielkoformatowej fasady szklanej na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, c) wykonania konstrukcji stalowej w klasie co najmniej EXC 3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych - konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej, d) wykonania posadowienia budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.

Wykonawca Konsorcjum IDS-BUD na potwierdzenie spełniania ww. warunku przedłożył wykaz robót, w którym powołał się na realizację przez firmę Altis-Holding zamówienia na budowę nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt II 1.2.3 pkt c i d ogłoszenia o zamówieniu. W wykazie usług Konsorcjum IDS-BUD jako zamawiającego/inwestora tej inwestycji oznaczyło Administrację Państwową w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego. Na potwierdzenie należytego wykonania tej inwestycji Konsorcjum IDS-BUD przedłożył dokument referencji wystawiony przez ww. podmiot. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że Administracja Państwowa w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego nie była investorem w trakcie realizacji zamówienia na budowę portu lotniczego we Lwowie. W dniu 26 lipca 2010 r., zaledwie cztery miesiące po podpisaniu umowy z Grupą Kapitałową Altis - Holding Administracja Państwowa Obwodu Lwowskiego zawarła umowę z Państwowym Przedsiębiorstwem, „Dyrekcja do Spraw Budowy Obiektów na potrzeby EURO 2012 r.”, który wstąpił w prawa i obowiązki inwestora (umowa nr 26-07/10 o zmianie stron umowy). To Dyrekcja do spraw Budowy Obiektów na potrzeby EURO 2012 r. pełniła rolę inwestora przy tej inwestycji, dokonywała weryfikacji realizacji zamówienia przez wykonawcę oraz dokonała ostatecznego odbioru inwestycji. Tym samym wyłącznie Dyrekcja do Spraw Budowy Obiektów jest podmiotem, który był uprawniony wystawić referencje korporacji „Altis-Holding”

i powinien być wpisany jako inwestor w wykazie robót przedłożonym przez Konsorcjum IDS-BUD. Odwołujący zakłada, że działanie Konsorcjum IDS-BUD polegające na wpisaniu jako inwestora podmiotu, który de facto tej roli nie pełnił miało na celu jedynie umożliwienie skorzystania z referencji, wystawionych przez ten podmiot. Nie można jednak uznać w tym stanie faktycznym, aby tak działanie polegające na wskazaniu podmiotu niepełniącego roli inwestora jak i posługiwanie się dokumentami wystawionymi przez ten podmiot za prawidłowe i zgodne z ustawą pzp. Działanie Konsorcjum IDS-BUD wprowadziło Zamawiającego w błąd co do podmiotu który powinien być wystawcą dokumentu referencji i miało wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu, w tym zaniechanie wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień w tym zakresie.

5. Rozwinięcie uzasadnienia zarzutów opisanych w ww. pkt. II.2 - II.4.

Odwołujący podkreślił, że w niniejszym stanie faktycznym będą miały zastosowanie obie przesłanki wykluczenia uregulowane a art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy pzp.

W przypadku art. 24 ust 1 pkt 17 ustawy nie ma już potrzeby wykazywania zamiaru wykonawcy. Dla zastosowania tego przepisu wystarczy bowiem jego wina nieumyślna. Zgodnie z przytoczonym przepisem, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (kiedy jest świadomy, że może podać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego jednak nie dojdzie) lub niedbalstwa (podaje nieprawdziwe informacje nawet nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy, stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, o ile błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że ocena, czy zachowanie miało cechy lekkomyślności lub niedbalstwa musi być dokonywana w odniesieniu do treści art. 355 § 2 kc, a więc z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru wykonawcy. W tym przypadku wzorzec należytej staranności musi uwzględniać zwiększone oczekiwania, co do zawodowych kwalifikacji profesjonalisty, jego fachowej wiedzy oraz sumienności (por wyrok SN z 22 września 2005 r., sygn. IV CK 100/05). Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu lub jako pełnomocnik, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Powyższe stanowisko było prezentowane m.in w uzasadnieniach wyroków wydanych przez Krajowa Izbę Odwoławczą w sprawach: 11 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 177/15), 27 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 491/15), 13 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO

2809/15), 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 1/16), 17 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 673/15) czy 24 czerwca 2016 r. (sygn. akt KIO 1010/16).

Bez znaczenia dla oceny możliwości zastosowania przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp jest zamiar w jakim działał wykonawca wprowadzając Zamawiającego w błąd lecz efekt tego niedbałego działania. W niniejszym postępowaniu efektem działania Konsorcjum IDS-BUD było wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego gdyż doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD jako najkorzystniejszej. Gdyby nie nieprawdziwe informacje wykonawca Konsorcjum IDS-BUD musiałby zostać wykluczony jako podmiot niespełniający warunków udziału w postępowaniu.

W okolicznościach niniejszej sprawy spełnione zostały również przesłanki wykluczenia wykonawcy wskazane w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp. W trakcie weryfikacji dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający powziął wątpliwości dot. realizacji w ramach inwestycji pn. Budowa nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów. Świadczy o tym fakt, że w dniu 13 marca 2018 r. wezwał Konsorcjum IDS-BUD do „jednoznacznego wyjaśnienia zakresu robót wykonanych w ramach roboty wskazanej w poz. 1". W odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum IDS-BUD wystosował pismo doręczone Zamawiającemu w dniu 22 marca 2018 r., w którym wyjaśniając zakres robót wykonanych w ramach inwestycji pn. Budowa nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów" powtórzył jedynie informacje zawarta pierwotnie w wykazie robót, co do treści którego Zamawiający powziął wątpliwości. W wyjaśnieniach i uzupełnionym wykazie robót Konsorcjum IDS-BUD nie zawarł żadnych szczegółowych informacji odnoszących się wprost do sposobu realizacji inwestycji, uchylając się tym samym od zadośćuczynienia wezwaniu Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia wprost wskazują bądź na rażące niedbalstwo po stronie wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD lub na intencjonalne działanie. Niezależnie od tego czy Konsorcjum IDS-BUD zaniechał dodatkowych wyjaśnień z uwagi na brak podstawowej wiedzy na temat inwestycji, na którą się powoływał czy celowo nie chciał przekazać informacji prawdziwych (ale nie potwierdzających spełnienia warunku informacji) jego działanie skutkowało wprowadzeniem Zamawiającego w błąd co do informacji o sposobie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Należy również podkreślić, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w pełni aktualnym po nowelizacjach (por. wyrok z dnia 24 października 2008 r. KIO/UZP 1098/08, wyrok z 20 maja 2016 r. KIO 780/16, wyrok z 15 grudnia 2015 r., KIO 2653/15, wyrok z 11 lutego 2015 r. KIO 177/15, wyrok z 15 lipca 2014 r. KIO 1343/14, wyrok

z 25 lipca 2013 r. KIO 1637/13) złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega uzupełnieniu nawet w sytuacji, gdy dokument ten jest dokumentem co do zasady podlegającym uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Podanie informacji wprowadzających w błąd w okolicznościach art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp wywołuje nieodwracalne skutki i nie może zostać konwalidowane poprzez następcze działanie wykonawcy.

Na marginesie Odwołujący dodał, że Konsorcjum IDS-BUD de facto zrezygnowało z prawa do wezwania do uzupełnienia wykazu - uzupełniając go z własnej woli w dniu 21 marca 2018 r. Przeważające stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej uznaje czynność „samouzupełnienia” za prawnie dopuszczalną i skuteczną, lecz wywołującą skutek polegający na pozbawieniu Zamawiającego prawa do ponownego wezwania do uzupełnienia w tym samym zakresie.

6. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp w zw. z § 2 ust. 6 Rozporządzenia

Wykonawca Konsorcjum IDS-BUD został przez Zamawiającego wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do „jednoznacznego wyjaśnienia zakresu robót budowlanych wykonanych w ramach roboty wskazanej w poz. 1 wykazu robót budowlanych (dworzec lotniczy we Lwowie) przedstawionego przy piśmie z dnia 6 marca 2018 r., pismem z dnia 13 marca 2018 r. W odpowiedzi na powyższe wezwanie (pismo wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD z dnia 21 marca 2018 r.), wykonawca de facto odmówił udzielenia wyjaśnień twierdząc, iż zakres robót został opisany dostatecznie precyzyjnie, po czym skopiował przedmiot robót z przedłożonego pierwotnie wykazu robót budowlanych i potwierdził prawidłowość jego opisu. Do wyjaśnień wykonawca załączył, „czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu”, wykaz robót budowlanych w brzmieniu tożsamym do przedłożonego pierwotnie.

W ocenie Odwołującego złożone przez Konsorcjum IDS-BUD zdawkowe wyjaśnienia powinny być katalizatorem do podjęcia przez Zamawiającego dodatkowych czynności sprawdzających. Jeżeli by Zamawiający je podjął to ustaliby, że złożone przez Konsorcjum IDS-BUD oświadczenia dot. zakresu prac wykonanych w ramach przedmiotowej inwestycji są nieprawdziwe i wykluczyłyby tego wykonawcę z postępowania. Zamawiający nie skorzystał jednak z przysługującego mu na gruncie § 2 ust. 6 Rozporządzenia uprawnienia do zwrócenia się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie. Co więcej, następnego dnia po otrzymaniu wyjaśnień Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum IDS-BUD jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Działanie Zamawiającego należy uznać w ocenie Odwołującego za wadliwe biorąc pod uwagę wartość i stopień skomplikowania

inwestycji będącej przedmiotem zamówienia.

KIO 645/18

W dniu 3 kwietnia 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Odwołujący Konsorcjum Hochtief.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu, a mianowicie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy pzp i zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy pzp, tj. Konsorcjum IDS-BUD S.A., pomimo, iż Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej;

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. nie udowodniło, iż realizując zamówienie będzie dysponowało zasobami podmiotu trzeciego, który udostępnił wiedzę i doświadczenie;

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Kierownika budowy i Kierownika robót konstrukcyjno — budowlanych;

4. art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej;

ewentualnie

art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane

przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie spełniania przez Konsorcjum IDS-BUD warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej;

5. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim Konsorcjum IDS-BUD zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom;

ewentualnie

6. art. 26 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Kierownika budowy i Kierownika robót konstrukcyjno — budowlanych.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę;

ewentualnie:

- wezwania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD została mu przekazana w dniu 23 marca 2018 r.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta złożona przez Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, a wykonawca Konsorcjum IDS-BUD zostałby wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona. Nie ulega wątpliwości, iż wskutek niezgodnych z przepisami ustawy działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż nie uzyska przedmiotowego zamówienia.

Na jawnej rozprawie w dniu 19 kwietnia 2018 r. Odwołujący wycofał zarzut zawarty w pkt V uzasadnienia wniesionego odwołania dotyczący niewykazania przez Konsorcjum IDS - BUD spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno — budowlanych. W związku z powyższym Izba przedstawia uzasadnienie w zakresie pozostałych zarzutów i żądań odwołania, które podlegały rozpoznaniu.

1. Zarzut dotyczący niespełnienia warunku zdolności ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt VI.2 ppkt 2.1.1. SIWZ, w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał minimalny roczny obrót w okresie ostatnich 3 lat obrotowych w wysokości nie mniejszej niż 400.000.000,00 zł w każdym roku obrotowym. Jednocześnie, Zamawiający wymagał, aby Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia wykazali, że warunki określone w pkt VI.2 SIWZ, spełniają łącznie wszyscy Wykonawcy. W ocenie Odwołującego Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało spełniania ww. warunku, bowiem warunku tego nie spełnia samodzielnie żaden z członków konsorcjum, ani członkowie konsorcjum nie spełniają go łącznie. Łączne spełnienie warunku miałoby miejsce wtedy, gdyby połączone obroty obu wykonawców podzielone przez liczbę tych wykonawców (w tym przypadku przez dwa) przedstawiały minimalny poziom wymagany przez Zamawiającego.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z treścią art. 22 ust. 1a ustawy pzp, Zamawiający ma obowiązek dokonania opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiający dokonanie wyboru wykonawcy, który będzie zdolny do jego wykonania. Jednak przepis ten stanowi nie tylko o obowiązku Zamawiającego, na etapie tworzenia ogłoszenia i SIWZ, określenia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i do niego proporcjonalny, ale także jest ustawową wytyczną interpretacyjną dla rozumienia treści warunku na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Warunek posiadania obrotu na poziomie 400.000.000 zł został opisany w celu wyłonienia wykonawcy, którego skala działalności w okresie trzech lat pozwalała na przyjęcie, iż ze względu na poziom obrotów realizowanych przez wykonawcę, posiada on struktury organizacyjne i procedury wewnętrzne pozwalające na wykonanie zamówienia o znacznej wartości i złożoności. Zsumowanie przychodów poszczególnych członków konsorcjum nie pozwoli na uzyskanie pewności, iż do udziału w postępowaniu dopuszczone zostaną

podmioty, które posiadają odpowiednie do skali przedsięwzięcia struktury organizacyjne, procedury wewnętrzne i standardy organizacyjne, które cechują przedsiębiorstwa prowadzące działalność budowlaną w skali pozwalającej na osiągnięcie przychodu rocznego w wysokości co najmniej 400.000.000 zł. Rozumienie łącznego spełnienia warunku poprzez proste zsumowanie obrotów wszystkich członków konsorcjum mogłoby, doprowadzić do sytuacji, w której ofertę mogłoby złożyć 10 wykonawców, których łączne obroty osiągnęłyby wymagany przez Zamawiającego poziom, jednak, żaden z tych Wykonawców nie byłby w stanie wykonać zamówienia.

Konsorcjum IDS-BUD wykazało następujące obroty: IDS BUD S.A.: 343.136.675,38 q 2016 r., 888.050.561,49 w 2015 r. oraz 660.020.812,74 w 2014 r., Mar-Bud sp. z o.o. Budownictwo spółka komandytowa: 70.235.228,83 w 2016 r., 61.424.733,64 w 2015 r. oraz 58.809.784,60 w 2014 r. Jak wynika z powyższego zestawienia, żaden z członków konsorcjum nie spełnia warunku samodzielnie. Warunku tego nie spełnia również Konsorcjum łącznie, bowiem suma obrotów za poszczególne lata, podzielona przez dwa nie daje (z wyjątkiem roku 2015) kwoty 400.000.000 zł. Tym samym nie można uznać w ocenie Odwołującego, że Konsorcjum IDS-BUD spełniło postawiony przez Zamawiającego warunek. W konsekwencji Zamawiający zaniechał wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD.

2. Zarzut dotyczący niespełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia, w związku z nieudowodnieniem dysponowaniem zasobami podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: „Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tzn. wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonał co najmniej 2 z wymienionych poniżej zakresów robót: a) należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub b) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub c) należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych — konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych

podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej, d) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.

W zakresie spełniania tego warunku Konsorcjum IDS-BUD posłużyło się doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci, tj. Korporację „Altis Holding” z siedzibą w Kijowie. Zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 oraz 2 ustawy pzp w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Natomiast Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum IDS-BUD nie udowodniło, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie faktycznie zrealizuje roboty budowlane, z realizacją których związane jest udostępnione doświadczenie. Konsorcjum IDS-BUD wraz z ofertą złożyło zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia zgodnie z którym, podmiot trzeci wskazał, iż jego udział będzie polegał na wykonaniu części zamówienia polegającej na wykonaniu części robót w zakresie budowy budynku o parametrach wymienionych w pkt b) powyżej, które będą realizowane przez okres realizacji tych prac dla przedmiotowego zamówienia, na podstawie umowy o podwykonawstwo.

Pismem z dnia 23 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum IDS-BUD, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów, z którego będzie wynikał jednoznacznie zakres i sposób wykorzystania udostępnionych zasobów. W odpowiedzi Konsorcjum IDS-BUD złożyło kolejne zobowiązanie, z którego treści nadal nie wynika w jakim zakresie Korporacja Altis - Holding zrealizuje przedmiotowe zamówienie. W zobowiązaniu, zostało wskazane, iż zakres i okres udziału podmiotu trzeciego, przy wykonywaniu zamówienia będzie polegał na wykonaniu części zamówienia polegającej na wykonaniu części robót w zakresie budowy budynku o parametrach wymienionych w pkt b) powyżej. Pkt b) zawiera parametry określone w warunku udziału, a nie w opisie przedmiotu zamówienia. Ponadto zawiera alternatywę poprzez wskazanie „z uwzględnieniem dwóch z czterech poniższych zakresów”. Tym samym ze zobowiązania nadal nie wynika, do czego faktycznie zobowiązała się Korporacja Altis — Holding. Przede wszystkim nie wiadomo jaki zakres zamówienia zamierza wykonać podmiot udostępniający zasoby i czy rzeczywiście będzie to zakres obejmujący udostępnione doświadczenie. Również Zamawiający słusznie powziął w tym zakresie wątpliwości, wzywając Konsorcjum IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Konsorcjum IDS-BUD nie uczyniło zadość wezwaniu Zamawiającego. Odwołujący podkreślił również, że Konsorcjum IDS-BUD

w formularzu ofertowym wskazało zakresy robót, które zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podwykonawców, którym zamierza powierzyć ich wykonanie, wymieniając w sumie ponad sto różnych podmiotów. Korporacja Altis — Holding została wymieniona zaledwie w czterech z jedenastu zakresów robót przewidzianych do powierzenia podwykonawcom, tj. jako jeden z 26 podmiotów wykonujących roboty konstrukcyjne i murowe, jako jeden z 5 podmiotów wykonujących roboty elewacyjne, jako jeden z 10 podmiotów wykonujących instalacje sanitarne i mechaniczne, jako jeden z 19 podmiotów wykonujących instalacje elektryczne i teletechniczne. Powyższe zestawienie stanowi dowód na to, że rola, w realizacji zamówienia, podmiotu udostępniającego zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia będzie marginalna. Odwołujący zaznaczył, że Korporacja Altis-Holding zobowiązała się jedynie do wykonania bliżej nieokreślonych robót dotyczących części budynku. Tym samym możliwe jest, że podmiot ten wykona jakiś nieznaczący fragment robót niezwiązany w żaden sposób z udostępnionym doświadczeniem. Mając na uwadze fakt, iż Konsorcjum IDS-BUD S.A. w zakresie warunku wiedzy i doświadczenia nie wykazało się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu samodzielnie, lecz posłużyło się wyłącznie doświadczeniem Korporacji Altis-Holding, to w wobec ww. okoliczności stwierdzić należy, iż Konsorcjum IDS-BUD nie udowodniło, że faktycznie będzie dysponowało udostępnionymi zasobami. W konsekwencji Konsorcjum IDS-BUD winno być wykluczone z postępowania z uwagi na brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

3. Zarzut dotyczący niespełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia — Kierownika budowy.

Odwołujący wskazał, że w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu: Kierownik budowy: miał posiadać co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełnienie funkcji (nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy) Kierownika Budowy przy budowie przynajmniej jednego budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BIMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonane co najmniej dwa z wymienionych poniżej elementy robót: należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych— konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach

co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej, lub należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm;

Konsorcjum IDS-BUD na ww. stanowisko wskazało Pana S. K., który zgodnie z informacją zawartą w wykazie, posiada doświadczenie jako Kierownik budowy przy realizacji budowy „Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie”. Zgodnie z informacją podaną przez Konsorcjum IDS-BUD w ramach ww. robót budowlanych zostały wykonane następujące elementy: należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego; należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm. Zgodnie z wiedzą Odwołującego, budynek MHŻP nie spełnia ww. warunków, tj. w budynku nie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego. Tym samym, osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku posiadania doświadczenia w pełnieniu funkcji Kierownika budowy.

4. Zarzuty dotyczące wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp z postępowania wyklucza się Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast w świetle art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in. wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W przedmiotowym przypadku mamy w ocenie Odwołującego do czynienia, z rażącym niedbalstwem Wykonawcy lub co najmniej, z jego lekkomyślnością lub niedbalstwem, przy przedstawianiu informacji i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca przed podaniem informacji dotyczących doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Kierownika budowy, winien był te informacje zweryfikować pod kątem czy rzeczywiście potwierdzają spełnianie postawionych przez Zamawiającego

warunków. Ponieważ Zamawiający, opierając się na oświadczeniach Konsorcjum IDS-BUD dokonał wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej, to w ocenie Odwołującego ziściły się przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp, skutkujące koniecznością wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.

5. Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z treścią pkt III. 15 SIWZ Zamawiający nie dopuścił powierzenia całości wykonania przedmiotu zamówienia podwykonawcom. Jak wynika z oferty Konsorcjum IDS-BUD, Wykonawca, wbrew zakazowi, wskazał w ofercie, iż cały zakres zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom. Konsorcjum IDS-BUD wskazało bowiem, iż powierzy podwykonawcom następujące roboty: roboty konstrukcyjne i murowe, roboty rozbiórkowe, demontażowe i wyburzeniowe, roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, roboty dekarские i izolacyjne, roboty elewacyjne, roboty wykończeniowe wewnętrzne i zewnętrzne, roboty stolarskie i ślusarskie, dostawę i montaż wyposażenia, instalacje sanitarne i mechaniczne, instalacje elektryczne i teletechniczne, roboty i usługi specjalistyczne. Ww. roboty wyczerpują swoim zakresem całość przedmiotu zamówienia, a brak wskazania w ofercie wyłączeń z tych zakresów, oznacza, że Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom realizację całości zamówienia. Tym samym, zgodnie z oświadczeniem konsorcjum IDS-BUD, całość zamówienia zostanie powierzona podwykonawcom, co powoduje, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ i jako taka powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

6. Mając na uwadze okoliczność, iż Konsorcjum IDS-BUD było wzywane, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia dokumentu zobowiązania do udostępnienia zasobów, oraz dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp Wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona. Tym samym brak jest podstaw do zastosowania wobec Konsorcjum IDS-BUD wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, a zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów został postawiony jedynie z ostrożności i mógłby ewentualnie dotyczyć wyłącznie potwierdzenia posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W dniu 18 kwietnia 2018 r. Przystępujący po stronie Zamawiającego Konsorcjum IDS - BUD w sprawie KIO 624/18 wniósł pismo procesowe i wskazał, że zarzuty Odwołującego winny ograniczać się jedynie do czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Budimex S.A., gdyż tylko ich uwzględnienie zmieni sytuację Odwołującego w postępowaniu

i umożliwi mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia. W przypadku nie uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu w zakresie bezprawnego odrzucenia jego oferty, Odwołujący nie jest uprawniony do kontroli działań Zamawiającego polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Żaden przepis ustawy pzp uprawnia takiego wykonawcom nie daje. Wskazał na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej które precyzują, co należy rozumieć przez takie pojęcia jak: interes we wniesieniu odwołania; szkodę, którą może ponieść odwołujący oraz wpływ na wynik postępowania i które w tym zakresie wydają się być jednoznaczne. Zaznaczył, że uwzględnienie odwołania może spowodować wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A, a zatem bez znaczenia w tym kontekście jest fakt, że cena oferty tych wykonawców o ok. 70 mln przekracza kwotę, którą obecnie Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie inwestycji. Nie oznacza to wcale w ocenie Przystępującego, znacznego prawdopodobieństwa, iż Zamawiający unieważni postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. Podkreślił, iż Odwołujący nie kwestionuje oferty w/w wykonawców, nie stawia w stosunku do niej żadnych zarzutów, co oznacza, że w jego ocenie jest prawidłowa. Powołując się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017r. (C-131/16), wskazał że dopiero w przypadku podjęcia czynności zmierzających do wykluczenia wszystkich pozostałych wykonawców lub odrzucenia złożonych przez nich ofert można rozważać istnienie uprawnienia do kwestionowania w drodze odwołania czynności dotyczących pozostałych oferentów. W ocenie Przystępującego, Odwołujący nie wykazał i nie ma interesu w kwestionowaniu wyłącznie oferty Przystępującego, nie może też ponieść żadnej szkody, gdyż nawet hipotetyczne uwzględnienie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego, nie zmieni sytuacji Odwołującego w postępowaniu. Powyższe powoduje, iż odwołanie w tej części winno być oddalone bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem złożonych odwołań.

Izba stwierdziła, że przystąpienia zgłoszone przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 624/18 po stronie zamawiającego, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: IDS-BUD S.A. oraz Mar-Bud sp. z o.o. Budownictwo spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn.

akt KIO 624/18 oraz o sygn. akt KIO 645/18 po stronie zamawiającego oraz przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 645/18 po stronie odwołującego spełniały wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy pzp i jako takie były skuteczne. Izba postanowiła dopuścić wyżej wskazanych Wykonawców do postępowania odwoławczego w charakterze uczestników postępowania w poszczególnych sprawach.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosnie odwołania wykonawcy Budimex S.A. w przypadku uwzględnienia odwołania w zakresie odrzucenia oferty Budimex S.A. to oferta ta będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą. Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, że Wykonawca nie ma interesu w kwestionowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego, czy też że nie może wykazać szkody. Zgodnie z orzecznictwem TSUE interes w uzyskaniu zamówienia należy rozumieć szeroko i może dotyczyć również potencjalnego uzyskania zamówienia w postępowaniu wszczętym po unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu przekraczają środki przeznaczone przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania w części dotyczącej zarzutów sformułowanych względem oferty Przystępującego może zaistnieć przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. W świetle powyższego odwołujący Budimex S.A. posiada interes we wniesieniu odwołania również w tej części i może ponieść szkodę przejawiającą się w niezyskaniu zamówienia.

Konsorcjum Hochtief również posiada interes we wniesieniu odwołania. W sytuacji nieuwzględnienia zarzutu Odwołującego Budimex S.A. dotyczącego odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy i jednocześnie uwzględnienia odwołania Konsorcjum Hochtief oferta Odwołującego Konsorcjum Hochtief będzie potencjalnie ofertą najkorzystniejszą, a zatem Odwołujący może ponieść szkodę, przejawiającą się ostatecznie w niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego Budimex S.A., oferty Odwołującego Budimex S.A., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Konsorcjum IDS - BUD, wezwania Zamawiającego z dnia 23 i 27 lutego 2018 r., 13 marca 2018 r., odpowiedzi Konsorcjum IDS - BUD z dnia 6 marca 2018 r. oraz z dnia 21 marca 2018 r.

Ponadto Izba dopuściła dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego Budimex w sprawie o sygn. akt: KIO 624/18: wyciąg ze strony internetowej o zrealizowanych projektach przez Żytomierski Zakład Konstrukcji Stalowych, kopię certyfikatu udzielonego

Żytomierskiemu Zakładowi Konstrukcji Stalowych odnośnie normy EN 1090, raport z wyjazdu służbowego z dnia 30 marca 2018 r., notę techniczną dotyczącą referencji w zakresie wykonania konstrukcji stalowej dworca lotniczego PP Międzynarodowy Port Lotniczy w Lwowie, wyciąg z rejestru wyroków - wyrok Sądu Gospodarczego w Kijowie z dnia 2 lutego 2015 r. sprawa nr 910/27238/14 wraz z tłumaczeniem (zgodnie z wnioskiem również Przystępującego Konsorcjum IDS - BUD), ocenę prawidłowości oświadczenia oferenta w postępowaniu MHP; przez Przystępującego Konsorcjum IDS - BUD w sprawie o sygn. akt: KIO 624/18: dwa oświadczenia projektanta z dnia 11 kwietnia 2018 r. wraz z tłumaczeniem potwierdzone przez tłumacza przysięgłego, fragment rysunku dot. Budowy nowego dworca lotniczego PP Międzynarodowy Port Lotniczy w Lwowie wraz z częściowym tłumaczeniem potwierdzone przez tłumacza przysięgłego, oświadczenie „ALTIS ENERGO” z dnia 12 kwietnia 2018 r. wraz z tłumaczeniem potwierdzone przez tłumacza przysięgłego i dokumentacją zdjęciową, oświadczenie projektanta z dnia 12 kwietnia 2018 r. wraz z tłumaczeniem potwierdzone przez tłumacza przysięgłego, porozumienie z dnia 23 stycznia 2018 r., fragment dokumentu Krajowa Norma Ukrainy wraz z tłumaczeniem, fragment strony internetowej dotyczącej Kategorii Złożoności Obiektów wraz z tłumaczeniem, fragment dokumentu Państwowe Normy Budowlane Ukrainy wraz z tłumaczeniem, protokół gotowości obiektu do eksploatacji wraz z tłumaczeniem (wszystkie dokumenty potwierdzone przez tłumacza przysięgłego), opinię prawną z dnia 17 kwietnia 2018 r., a także w sprawie o sygn. akt KIO 645/18: dokumentację zdjęciową oraz projektową dotyczącą Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie; przez Odwołującego Konsorcjum Hochtief w sprawie o sygn. akt KIO 645/18: opinię techniczną z dnia 11 kwietnia 2018 r., pismo K. i Associates sp. z o.o. z dnia 11 kwietnia 2018 r. wraz z dokumentacją zdjęciową, a także zestawienie zakresu robót wymienionych w ofercie Przystępującego Konsorcjum IDS - BUD z dokumentacją projektową oraz ogłoszeniem o zamówieniu. Izba dopuściła również w poczet materiału dowodowego w sprawie o sygn. akt: KIO 645/18 na wniosek Przystępującego: ocenę prawidłowości oświadczenia oferenta w postępowaniu MHP oraz porozumienie z dnia 23 stycznia 2018 r.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron i uczestników postępowania prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się 31 stycznia 2018 r., a w postępowaniu oferty złożyło trzech Wykonawców: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: Hochtief Polska S.A. oraz Warbud S.A. (cena ofertowa brutto: 635 654 631,09 zł), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: IDS-BUD

S.A. oraz Mar-Bud sp. z o.o. Budownictwo spółka komandytowa (cena ofertowa brutto: 565 800 000,00 zł) oraz wykonawca Budimex S.A. (cena ofertowa brutto: 565 480 000,00 zł). Kwota przeznaczona na realizację zamówienia, jaką Zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert wynosiła: 483 277 000,00 zł brutto. Pismem z dnia 23 marca 2018 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, iż jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD, która uzyskała maksymalną ilość punktów w przyjętych kryteriach oceny ofert. Zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty Odwołującego Budimex S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp z powodu błędu w obliczeniu ceny, który wystąpił przy wypełnieniu treści formularza cenowego (załącznik nr 4 do SIWZ). W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy Zamawiający wskazał, że: „poprzez modyfikację z dnia 10 stycznia 2018 r. ustalił obowiązujące zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny (pkt. XIV SIWZ). Ponadto zgodnie z treścią SIWZ (pkt. IX 3.2.) Wykonawca zobowiązany był załączyć do składanej oferty wypełniony Formularz cenowy, którego wzór stanowił Załącznik nr 4 do SIWZ. Tymczasem załączony do oferty Budimex S.A. Formularz cenowy zawiera błędy w obliczeniu każdego elementu ceny. Błąd polega na pominięciu w obliczeniach ceny narzuconego przez Zamawiającego wskaźnika %, dla poszczególnych robót określonych w kolumnie 2 wzoru Formularza cenowego. W konsekwencji zaistnienia przesłanki określonej w art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty Budimex S.A.”

W pkt XIV SIWZ po zmianie z dnia 10 stycznia 2018 r. Zamawiający określił:

„1. Cena oferty musi zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac i robót przedstawiony w SIWZ wraz z Załącznikami (w szczególności w Załączniku nr 1).

2. Przedmiary robót opracowane przez Zamawiającego i przekazane Wykonawcy stanowią jedynie podstawę informacyjną, tym samym mając jedynie znaczenie pomocnicze.

3. Wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie zobowiązany w terminie do 21 dni od daty podpisania umowy na wykonanie zamówienia publicznego przedstawić na zasadach określonych w Umowie, kosztorys sporządzony metodą uproszczoną podając poziom cen zastosowanych stawek r-g; kosztów zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp). Ceny jednostkowe określone w kosztorysie załączonym do Umowy nie będą zmieniane w okresie jej obowiązywania z wyłączeniem sytuacji przewidzianych w postanowieniach Umowy. Wszystkie składniki cenowe zawarte w kosztorysach powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Wyliczone w kosztorysach załączonych do Umowy ogólne wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót po zsumowaniu muszą być zgodne z wartościami podanymi w Formularzu Cenowym stanowiącym Załącznik nr 4 do

SIWZ. Podana w Formularzu Cenowym kwota musi być zgodna z kwotą podaną w Formularzu Oferty jako cena realizacji zamówienia (Załącznik nr 2 do SIWZ).

4. W przypadku nie uwzględnienia w kosztorysach opracowanych przez Wykonawcę w terminie wskazanym w pkt. 3 powyżej wszystkich robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w Umowie i wynikających z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, powstałe różnice stanowią element ryzyka Wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem ceny realizacji zamówienia.

5. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Załącznika nr 4 do SIWZ ani też pomijać lub wprowadzać w jego treści dodatkowych pozycji.”

W załączniku nr 4 do SIWZ - formularzu cenowym po zmianie z dnia 10 stycznia 2018 r. Zamawiający wskazał wartości poszczególnych wskaźników procentowych robót budowlanych.

Punkt IX 3.2. SIWZ stanowił: „Ofertę stanowi wypełniony Formularz Oferty - wypełniony Załącznik nr 2 do SWZ oraz niżej wymienione dokumenty: Formularz cenowy wypełniony Załącznik nr 4 do SIWZ”.

Odwołujący Budimex złożył wraz z ofertą formularz cenowy (załącznik nr 4 do SIWZ), w którym podał ceny jednostkowe netto oraz brutto za wykonanie poszczególnych robót budowlanych, a także cenę łączną netto i brutto. Odwołujący Budimex nie uwzględnił w cenach jednostkowych wskaźnika procentowego podanego przez Zamawiającego wpisując w kolumnach: „cena netto” i „cena brutto” nieprawidłowe wartości. Odwołujący Budimex złożył również formularz ofertowy (załącznik nr 2 do SIWZ), w którym wskazał cenę ofertową netto i brutto oraz VAT tożsame z podanymi w formularzu cenowym.

Punkt VI 2.1.1. SIWZ po zmianie z dnia 10 stycznia 2018 r. stanowił: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu: sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj.: 2.1.1. Wykonawca winien wykazać minimalny roczny obrót w okresie ostatnich 3 lat obrotowych w wysokości nie mniejszej niż 400.000.000,00 zł w każdym roku obrotowym.”

Punkt VI.2.2.1. SIWZ po zmianie z dnia 10 stycznia 2018 r. stanowił: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu: zdolności technicznej lub zawodowej tj.: Wykonawca winien wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, roboty budowlane odpowiadające swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tzn. wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonał co najmniej dwa z wymienionych poniżej zakresów robót:

- a) należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub
- b) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub
- c) należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej.”
- d) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.”

Punkt VI.2.2.2.lit. a) SIWZ po zmianie z dnia 10 stycznia 2018 r. stanowił: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu: zdolności technicznej lub zawodowej tj.: Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się odpowiednim do funkcji (jaka im zostanie powierzona) doświadczeniem oraz wykształceniem. Wykonawca przedstawi kandydatów na poniższe stanowiska, którzy spełniają następujące wymagania:

a) minimum jedna osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy posiadająca uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, wraz z ważnym zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego oraz posiadającą co najmniej 8-letnie doświadczenie zawodowe w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności, w tym pełnienie funkcji (nieprzerwanie od daty rozpoczęcia budowy do dnia zakończenia budowy) Kierownika Budowy przy budowie przynajmniej jednego budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonane co najmniej dwa z wymienionych poniżej elementy robót:

- 1) należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub
- 2) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub
- 3) należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych — konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych

rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej, lub

4) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.”

W pkt VI 2. SIWZ Zamawiający wskazał: „Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia muszą wykazać, że warunki określone w pkt. VI.2 SIWZ, spełniają łącznie wszyscy Wykonawcy.”

W pkt X SIWZ Zamawiający zawarł informację dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art. 22a ustawy pzp oraz zamierzających powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia — załącznik nr 6 do SIWZ.

3. Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13—22 ustawy Pzp.

4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.

5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, na którego zdolnościach polega Wykonawca, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego: a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub b) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności

techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w pkt. 1 powyżej.

7. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunki udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty, o których mowa w pkt. 4 ppkt. 1) Rozdział IX SIWZ dotyczące tych podmiotów w zakresie dokumentów o których mowa w Rozdziale VII pkt 2 SIWZ.

8. W celu oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający żąda dokumentów, które określają w szczególności: 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 4) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.”

Zgodnie z pkt III. 15 SIWZ: „Zamawiający nie dopuszcza powierzenia całości wykonania przedmiotu zamówienia podwykonawcom.”

W myśl pkt III 9 i 10 SIWZ: „9. Wykonawca zobowiązany jest do podania w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podania firm podwykonawców. Niepodanie w ofercie części zamówienia, której wykonanie Wykonawca powierzy podwykonawcom, Zamawiający uzna za zobowiązanie się Wykonawcy do samodzielnego wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia Wykonawca, o ile będą już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca zobowiązany będzie do zawiadamiania zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu poprzednim, w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, a także przekazywania informacji na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie będzie powierzać realizację robót budowlanych lub usług objętych przedmiotowym zamówieniem. 10. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powoływał się na zasadach w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca jest zobowiązany wykazać Zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca

samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby Wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.”

We wzorze umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) w pkt 1.4.5. wskazano: „podmiot trzeci na zasoby którego Wykonawca powoływał się składając Ofertę celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, będzie realizował przedmiot Umowy w zakresie” Ponadto w pkt 19.2.4 wskazano: „19.2.4 W związku z art. 19.2.1 oraz 19.2.3 Umowy, dla potrzeb obliczenia stanu zaawansowania Robót Budowlanych ustala się kwotowe wartości poszczególnych rodzajów robót zawarte w zestawieniu stanowiącym Załącznik nr 14 do Umowy.” Punkt 19.3.1 stanowił: „Zapłata Wynagrodzenia stanowi całość świadczenia wzajemnego Zamawiającego (o charakterze ryczałtowym) należnego na rzecz Wykonawcy z tytułu wykonania przez Wykonawcę wszystkich zobowiązań wynikających z Umowy. Zobowiązanie Zamawiającego zostanie zatem wykonane z momentem zapłaty całości Wynagrodzenia, a Wykonawca nie otrzyma żadnych dodatkowych świadczeń od Zamawiającego tytułem wynagrodzenia lub zwrotu kosztów, chyba że Umowa jednoznacznie stanowi inaczej.” Załącznik nr 14 stanowił „Kwotowe wartości poszczególnych rodzajów robót”, natomiast Załącznik nr 13 - „Regulamin rozliczania”. Punkt 16.2 - 16.5 stanowił: „16.2 Zamawiający oświadcza, że nie wyraża zgody na powierzenie przez Wykonawcę osobie trzeciej wykonania całości zamówienia objętego Umową. 16.3 Zamawiający oświadcza, że nie zastrzega, aby wykonanie którejkolwiek części zamówienia nie mogło być powierzone podwykonawcom. 16.4 Strony ustalają, że w przypadku zmiany albo rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity, Dz. U. z 2017 r., poz. 1579), w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 tej ustawy, Wykonawca zobowiązuje się wykazać Zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub Wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. 16.5 Strony ustalają, że za uprzednią zgodą Zamawiającego Wykonawca może powierzyć wykonanie dowolnej części zamówienia podwykonawcom wskazanym w ofercie lub innym podwykonawcom niż wskazani w ofercie, z zachowaniem odpowiednio postanowień art. 16 Umowy.”

Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 64 do SIWZ wskazał w piśmie z dnia 14 listopada 2017 r.: „Przedmiary załączone do specyfikacji istotnych warunków zamówienia mają jedynie rolę pomocniczą. Wykonawcy zobowiązani są do wyceny zakresu robót określonych w Dokumentacji projektowej załączonej do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający wymaga wykonania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia opisanego Dokumentacją projektową.” Na pytanie nr 90 wskazał: „Należy rozpatrywać dokumentację Projektu Wykonawczego całościowo — w tym w szczególności należy brać

pod uwagę: rzuty, widoki/elewacje, zestawienia oraz Specyfikację Materiałową. Przedmiary mają jedynie znaczenie pomocnicze w zakresie opisu przedmiotu zamówienia i nie stanowią podstawy wyceny zakresu robót.” W odpowiedzi na pytanie nr 176 z prośbą o informację, „czy można zmieniać podane wskaźniki procentowe w „Załączniku nr 4 do SIWZ Formularz cenowy” tak aby dostosować ich wartość do rzeczywistego udziału wartości kosztorysów do całości wyceny Wykonawcy?” Zamawiający nie wyraził zgody na zmianę opisaną w pytaniu. W odpowiedzi na pytanie nr 391 w piśmie z dnia 29 grudnia 2017 r.: „Z uwagi na to, że w załączniku nr 14 zostały przez Inwestora narzucone procentowo kwoty (% od kwoty wynagrodzenia) za poszczególne rodzaje robót prosimy o informacje, który dokument będzie wiążący do późniejszych rozliczeń czy uzgodnień (np. w zakresie rozwiązań zamiennych) jeśli wypełnione kosztorysy uproszczone dla poszczególnych robót nie będą odpowiadać kwotom z załącznika nr 14.” Zamawiający odwołał się do postanowień umowy: „Zgodnie z postanowieniami umowy która określa zasady rozliczeń za wykonane roboty.”

Konsorcjum IDS - BUD złożyło wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu : KORPORACJI „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w Kijowie do oddania do dyspozycji Wykonawcy IDS - BUD S.A. niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, a mianowicie zasobów zdolności technicznych i zawodowych (wiedzy i doświadczenia) przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą: Wykonanie robót budowlanych związanych z: realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Muzeum Historii Polski w Warszawie”. Podmiot udostępniający oświadczył, że udostępnia Wykonawcy ww. zasoby, w następującym zakresie: „a. zdolność techniczna i zawodowa w zakresie zgodnym z punktem pkt. VI. 2.2. I. SIWZ tj. wykonaniem w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tzn. wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonaniem co najmniej dwa z wymienionych poniżej zakresów robót: a) należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub b) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stołowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub c) należycie została wykonana konstrukcja stalowa w Hasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji, d) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.” Podmiot podał sposób wykorzystania udostępnionych

zasobów: „b. udział w realizacji przedmiotowego zamówienia poprzez wykonanie części zamówienia polegającej na wykonaniu części robót w zakresie budowy budynku wraz z instalacjami klimatyzacji precyzyjnej, systemów BMS i kontroli dostępu, z uwzględnieniem wykonania dwóch z czterech poniższych zakresów: a) elewacji wentylowanej i okładzin wewnętrznych z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub b) wielkoformatowej fasady szklanej na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stołowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub c) konstrukcji stalowej w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej, lub d) posadowienia budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.” Wskazał zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia: „c. wykonanie części zamówienia polegającej na wykonaniu części robót w zakresie budowy budynku o parametrach wymienionych w pkt b) powyżej, które będą realizowane przez okres realizacji tych prac dla przedmiotowego zamówienia, na podstawie umowy o podwykonawstwo”. Zaznaczył, że będzie realizował nw. roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na których polega Wykonawca: „d. część zamówienia polegająca na wykonaniu części robót w zakresie budowy budynku o parametrach wymienionych w pkt b) powyżej.”

W dniu 23 lutego 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum IDS - BUD m.in. działając na podstawie art. 26 ust 3 ustawy pzp, do „przedstawienia jednoznacznego zobowiązania dotyczącego udostępnienia zasobów określonych w pkt. 12 formularza oferty przez Korporację „Altis Holding”.” W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał: „Załączone do złożonej oferty zobowiązanie — str. 85, 86 oferty — dotyczy oddania zasobów Wykonawcy IDS-BUD S.A. Tymczasem oferta została złożona przez wyżej wskazane konsorcjum, które będzie ponosić solidarną odpowiedzialność za realizację zamówienia. Wobec powyższego wzywamy do przedstawienia zobowiązania obejmującego swoim zakresem konsorcjum, które złożyło ofertę. Jednocześnie wskazujemy, że omawiane zobowiązanie zawiera w swojej treści zapisy budzące wskazane poniżej wątpliwości Zamawiającego: treść zobowiązania zawarta na str. 86 oferty odnosi się w lit. c i lit. d do parametrów określonych w pkt. b). Tymczasem na str. 86 oferty pkt. b) wymieniony jest dwukrotnie. W związku z powyższym wzywamy do przedstawienia zobowiązania jednoznacznie precyzującego zakres i sposób wykorzystania udostępnianych zasobów.”

W odpowiedzi Konsorcjum IDS - BUD złożyło w dniu 6 marca 2018 r. uszczegółowione zobowiązania podmiotu : KORPORACJI „ALTIS-HOLDING” z siedzibą w

Kijowie w zakresie, że zobowiązanie dotyczy udostępnienia zasobów *wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego, Konsorcjum firm: IDS-BUD S.A. ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa (Lider Konsorcjum) Mar-Bud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Budownictwo Sp. K. ul. Pawła Włodkowica 2c, 03-262 Warszawa (Partner Konsorcjum)*. Doprecyzowano również zakres i okres udziału przy wykonywaniu zamówienia: „*c. wykonanie, na podstawie umowy o podwykonawstwo, części zamówienia polegającej na wykonaniu robót w zakresie wskazanym w lit „b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie* ” niniejszego zobowiązania, przez okres realizacji tych prac dla przedmiotowego zamówienia.”, a także wskazanie, że podmiot będzie realizował nw. roboty budowlane, których dotyczą udostępniane zasoby odnoszące się do warunków udziału dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na których polega Wykonawca: „*d. część zamówienia polegająca na wykonaniu robót w zakresie wskazanym w lit „b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący: (...) ” niniejszego zobowiązania”*”.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 lutego 2018 r. w trybie art. 26 ust. 2f ustawy pzp w dniu 6 marca 2018 r. Konsorcjum IDS - BUD złożyło m.in.:

1. Rachunki zysków i strat za okres ostatnich 3 lat obrotowych członków Konsorcjum, z których wynikają następujące obroty: IDS BUD S.A.: 343.136.675,38 q 2016 r., 888.050.561,49 w 2015 r. oraz 660.020.812,74 w 2014 r., Mar-Bud sp. z o.o. Budownictwo spółka komandytowa: 70.235.228,83 w 2016 r., 61.424.733,64 w 2015 r. oraz 58.809.784,60 w 2014 r.

2. Wykaz robót budowlanych, a mianowicie: 1. Budowa nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów”, na rzecz Inwestora: Administracja Państwowa w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego, termin: 12.2009 - 12.2012, zakres robót obejmował m.in. budowę budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonaniem poniższych zakresów robót: należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej; należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm. 2. „Projekt i budowa budynku biurowego w standardzie dyplomatycznym w mieście Kyiv (Kijów), p-t Lobanovskoho (dawny Czervonozorianyri) 44”, na rzecz Inwestora: „Altis Energo” sp. z o.o. z siedzibą w Kijowie, termin: 12.2009 - 11.2012, zakres robót obejmował m.in. budowę budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonaniem poniższych zakresów robót: należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną

wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego; należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.

3. Referencje na potwierdzenie należytego wykonania robót wskazanych w wykazie.

4. Wykaz osób, m.in. S. K., zakres wykonywanych czynności: Kierownik Budowy, dysponowanie bezpośrednio, doświadczenie: „Posiada ponad 8 lat doświadczenia zawodowego w nadzorowaniu robót budowlanych w swojej specjalności: 1. Kierownik Robót Budowlanych 01.2016 - 01.2018 Budowa Bloków nr 5 i 6 w Elektrowni Opole - roboty budowlane - wykonanie zbiornika żelbetowego na wody techniczne oraz deszczowe, tunele kablowe, żelbetowe na placach węglowych - roboty żelbetowe, fundamenty estakad kablowych 9UXY, 8UXY, 7UXY - roboty żelbetowe, fundamenty pod konstrukcje stalowe szynoprzewodów do maszynowni 5 i 6 - roboty żelbetowe, komory ciepłownicze - roboty żelbetowe, podziemna sieć kablobloków i studni kablowych dla bloków i 6 Elektrowni Opole - roboty żelbetowe. 2. Kierownik Budowy 06.2009 - 10.2013 (od daty rozpoczęcia budowy do daty zakończenia budowy) *Budowa Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie, zakres robót obejmował budowę budynku, w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonano poniższy zakres robót: a) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, b) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm. 3. Kierownik robót / Kierownik Budowy 04.2008 - 06.2009 Fabryka Bridgestone w Stargardzie Szczecińskim - obiekt przemysłowy o powierzchni 110 000m², kontrakt na podstawie regulacji FIDIC, wartość kontraktu 298 mln. PLN 4. Kierownik Budowy 03.2007 - 03.2008 Fabryka SHOBI CRAFT w Łysomicach koło Torunia - obiekt przemysłowy o powierzchni 11 000m², kontrakt komercyjny, wartość kontraktu 38 mln PLN netto 5. Kierownik Robót 12.2006 - 03.2007 Budowa fabryki telewizorów LCD SHARP Poland wraz z niezbędną infrastrukturą i zagospodarowaniem terenów przyległych - obiekt przemysłowy o powierzchni 30 000m², kontrakt komercyjny, wartość kontraktu 102 mln PLN netto.”*

W dniu 13 marca 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum IDS - BUD w trybie art. 26 ust 3 ustawy pzp, do jednoznacznego wyjaśnienia zakresu robót wykonywanych w ramach roboty wskazanej w poz. 1 Wykazu robót budowlanych przedstawionego przy piśmie z dnia 06 marca 2018 r. Zamawiający wskazał, że „dokument potwierdzający wykonanie roboty wymienionej w pozycji 1 wykazu nie odnosi się do zakresu robót wymaganych

postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego przetargu odnośnie koniecznego doświadczenia wykonawcy. Ponadto wartość robót wskazana w złożonym wykazie jest o 20 mln USD wyższa niż kwota wymieniona w załączonej do pisma referencji z dnia 07 stycznia 2013 r.” W związku z powyższym Zamawiający wezwał do przedstawienia dokumentów jednoznacznie potwierdzających zakres wykonanych robót (z uwzględnieniem wymogów odnośnie ich zakresu określonych w postanowieniach SIWZ) oraz wyjaśnienia rozbieżności odnośnie wartości robót.

W odpowiedzi z dnia 21 marca 2018 r. Konsorcjum IDS - BUD wyjaśniło w zakresie rozbieżności odnośnie wartości robót, iż wartość roboty budowlanej wskazanej w poz. 1 Wykazu robót budowlanych to wartość brutto uwzględniająca podatek VAT obowiązujący na Ukrainie (20%), natomiast wartość wskazana w liście referencyjnym to wartość netto. Odnośnie zakresu robót wykonanych w ramach roboty wskazanej w poz. 1 Wykazu robót budowlanych przedstawionego przy piśmie z dnia 6 marca 2018 roku wyjaśnił, iż zakres robót wykonanych w ramach inwestycji pn. Budowa nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” obejmował m.in. budowę budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonanie poniższych zakresów robót: a) konstrukcji stalowej w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej, b) posadowienia budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm. Jednocześnie zaznaczył, że powyższe informacje w sposób jednoznaczny i precyzyjny wskazane zostały w przekazanym w dniu 6 marca 2018 roku Wykazie robót budowlanych. Potwierdzają one spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. VI.2.2.1 SIWZ, czyniąc jednakże zadość wezwaniu Zamawiającego do uzupełnienia dokumentu jednoznacznie potwierdzającego zakres wykonanych robót (z uwzględnieniem wymogów odnośnie ich zakresu określonych w postanowieniach SIWZ). Wykonawca ponownie przedłożył Wykaz robót budowlanych, który jest jedynym dokumentem przedkładanym zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. dokumentem, z którego ma wynikać zakres wykonanych robót budowlanych. Nadmieniał jednocześnie, iż żądanie uzupełnienia treści referencji o zakres robót potwierdzających warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu, jest działaniem nieuprawnionym i nie znajdującym podstaw ani w ustawie pzp, ani w rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia ani też w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W formularzu ofertowym Konsorcjum IDS - BUD w pkt 11 poinformowało, że zamierza powierzyć podwykonawcom realizację części zamówienia obejmujące swoim zakresem wykonanie następujących robót: roboty konstrukcyjne i murowe (m.in. podwykonawca ALTIS HOLDING), roboty rozbiórkowe, demontażowe i wyburzeniowe, roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, roboty dekarские i izolacyjne, roboty elewacyjne (m.in. podwykonawca ALTIS HOLDING), roboty wykończeniowe wewnętrzne i zewnętrzne, roboty stolarskie i ślusarskie, dostawa i montaż wyposażenia, instalacje sanitarne i mechaniczne (m.in. podwykonawca ALTIS HOLDING), instalacje elektryczne i teletechniczne (m.in. podwykonawca ALTIS HOLDING), roboty i usługi specjalistyczne.

Ponadto w pkt 12 formularza oferty Konsorcjum IDS - BUD wskazało: „informujemy, że przy realizacji zamówienia będziemy polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących nas z nim stosunków prawnych: zdolność techniczna i zawodowa w zakresie zgodnym z punktem pkt. VI.2.2.I. SIWZ tj. wykonaniem w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert roboty budowlanej odpowiadającej swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia tzn. wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej polegającej na budowie budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementarną kontrolą dostępu oraz wykonaniem co najmniej dwa z wymienionych poniżej zakresów robót: a) należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub b) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub c) należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych - konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m , elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej, d) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm. KORPORACJA „ALTIS - HOLDING”.”

Z wyciągu ze strony internetowej o zrealizowanych projektach przez Żytomierski Zakład Konstrukcji Stalowych wynika, że Zakład ten brał bezpośredni udział w realizacji projektu „Terminal na lotnisku międzynarodowym, Lwów”.

Z kopii certyfikatu wynika, że Żytomierski Zakład Konstrukcji Stalowych uzyskał certyfikat dla konstrukcji stalowych EXC 3 zgodnie z normą EN 1090 - Z 21 września 2012 r.

Z raportu z wyjazdu służbowego z dnia 30 marca 2018 r. wynika, że w dniu 29 marca 2018 r. przedstawiciel firmy Mostostal Kraków S.A. M. G. wraz z Panem M. G.

przedstawicielem firmy Budimex S.A. dokonali wizji lokalnej Portu Lotniczego we Lwowie pod względem zgodności budynku referencyjnego z pkt VI 2.2.1 SIWZ. Zgodnie z oświadczeniem zawartym w raporcie wizji lokalnej dokonano na całym obiekcie w obszarach od A do G. Przedstawiciel Mostostal Kraków S.A. oświadczył, że według jego uznania i doświadczenia konstrukcja dachu nie jest kratownicą, dach ma zupełnie odmienną konstrukcję (ramową wykonaną z pełnościennych rygli o przekroju dwuetowym. Oświadczył również, że na podstawie pomiarów dalmierzowych o tolerancji +/- 1.5 mm na obiekcie nie stwierdzono ani jednego dźwigara, którego rozpiętość przekroczyłaby 22 metry. W jego ocenie oświadczenia zawarte w tym zakresie w wykazie robót złożone przez Konsorcjum IDS - BUD są niezgodne z prawdą.

Z noty technicznej wynika, że Prof. dr hab. inż. M.G. oświadczył, że „przedstawione w referencyjnym wykazie robót budowlanych oświadczenie dotyczące budowy nowego dworca lotniczego PP Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów jest nieprawdziwe w/z rozwiązań konstrukcyjnych (zrealizowano konstrukcję nośną ramową z ryglami pełnościennymi, a nie kratownicami jak mylnie podano w wykazie robót).” Ponadto oświadczył, że „oświadczenie o zrealizowaniu konstrukcji dachu w postaci kratownic stalowych, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30m jest nieprawdziwe, gdyż w zakresie konstrukcji dachu powyższego obiektu nie występują kratownice stalowe. Konstrukcję dachu stanowi konstrukcja nośna ramowa z ryglami pełnościennymi. Zgodnie z pomiarami dokonany w dniu 29 marca 2018 r. przez M.G. oraz M.G. z Budimex S.A. maksymalna rozpiętość przęsła nie przekracza 22m.”

Z wyciągu z rejestru wyroków - wyrok Sądu Gospodarczego w Kijowie z dnia 2 lutego 2015 r. sprawa nr 910/27238/14 wraz z tłumaczeniem wynika, że pomiędzy Korporacją Altis - Holding a Państwowym Przedsiębiorstwem Dyrekcją ds. Budownictwa Obiektów na EURO-2012 toczył się spór sądowy o zapłatę wynagrodzenia za przeprowadzenie prac budowlano - montażowych przy budowie nowego terminalu pasażerskiego Międzynarodowego Portu Lotniczego Lwów. Ponadto w uzasadnieniu wyroku wskazano, że: „W dniu 3 marca 2010 r. pomiędzy Korporacją Altis - Holding (zwana dalej Powodem) a Urzędem ds. Budownictwa Kapitałnego Lwowskiej Obwodowej Administracji Państwowej została zawarta umowa o dzieło. Zgodnie z warunkami umowy Urząd ds. Budownictwa Kapitałnego Lwowskiej Obwodowej Administracji Państwowej powierzył powodowi zgodnie z dokumentacją projektową przeprowadzenie prac budowlano - montażowych przy budowie nowego terminalu pasażerskiego Międzynarodowego Portu Lotniczego Lwów. Dnia 26 lipca 2010 r. między powodem, Urzędem ds. Budownictwa Kapitałnego Lwowskiej Obwodowej Administracji Państwowej oraz Państwowym Przedsiębiorstwem Dyrekcją ds. Budownictwa Obiektów na EURO-2012 została zawarta umowa nr 26-07/10 o zmianie strony w zobowiązaniach. Zgodnie z daną umową zleceniodawca Urząd ds. Budownictwa Kapitałnego

Lwowskiej Obwodowej Administracji Państwowej został zastąpiony przez zleceniodawcę Państwowe Przedsiębiorstwo Dyrekcja ds. Budownictwa Obiektów na EURO-2012. W toku rozpatrzenia sprawy sąd ustalił, że powód wykonał prace w pełnym zakresie, co jest potwierdzone na podstawie zaświadczenia o wartości wykonanych prac, protokołu gotowości obiektu do eksploatacji nr 3 z dnia 19 grudnia 2012, certyfikatu serii IY nr 165130080923, który poświadcza zgodność ukończonego budownictwa obiektu „Budowa nowego terminalu Międzynarodowego Portu Lotniczego Lwów.”

Z oceny prawidłowości oświadczenia oferenta w postępowaniu MHP wykonanej przez Ekspertis Sp. z o.o. Sp. k. i opracowanej przez dr inż. P.S. oraz dr inż. M.P., że jako przykład obiektów z fasadą szklaną z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane zostało wskazane Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie („od zewnątrz obiektu widoczne zarówno żebra szklane jak również punktowe mocowanie fasady do żeber szklanych za pomocą rotuli.”) Odnośnie budynku referencyjnego w Kijowie wskazano, że „zarówno na elewacji jak i wewnątrz obiektu widoczny jest zastosowany profil aluminiowy brak żebra szklanego; brak widocznych punktów mocowania fasady za pomocą rotuli; w miejscach podziału elementów fasady, tzn. w miejscach w których powinny znajdować się żebra szklane, zamocowane są stalowe wsporniki podtrzymujące zewnętrzne pomosty oraz zewnętrzną konstrukcję stalową, co wyklucza tym samym zastosowanie żeber szklanych. Przedmiotowe stalowe wsporniki mogą być zamontowane albo do konstrukcji żelbetowej budynku, albo do stalowej konstrukcji wsporczej.” We wnioskach wskazano: „Analizując powyższą dokumentację fotograficzną, mając na uwadze, iż na fasadzie szklanej budynku biurowego firmy Altis - Holding w Kijowie: 1. Brak widocznych, charakterystycznych dla fasady szklanej wykonanej na żebrach szklanych mocowań punktowych, 2. Brak ekspozycji żeber szklanych jako elementu architektury o dużych walorach estetycznych, 3. Widoczne są elementy konstrukcji słupowo - ryglowej bez elementów żebra szklanego, 4. W osiach podziału elementów fasady, występują stalowe wsporniki zewnętrznych pomostów oraz zewnętrznej żaluzji (brak możliwości zamontowania takich wsporników do żeber szklanych), należy stwierdzić, że fasada szklana na północnej elewacji budynku biurowego zlokalizowanego w Kijowie [...] nie jest fasadą wykonaną na żebrach szklanych.”

Z oświadczenia projektanta nadzorującego realizację konstrukcji stalowej a także sprawującego kontrolę nad zgodnością z normami pana A. E. P. wynika, że wymogi zawarte w projekcie budowy konstrukcji stalowej nowego dworca lotniczego PP Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów odpowiadają wymogom normy dla kategorii wykonania konstrukcji EXC3. Oświadczenie zostało potwierdzone przez tłumacza przysięgłego, a osoba projektanta została zamieszczona w dokumentacji projektowej referencyjnego budynku.

Z oświadczenia projektanta nadzorującego realizację konstrukcji stalowej referencyjnego budynku z poz. 1 wykazu robót wskazanych przez Konsorcjum IDS - BUD

pana A. E. P. wynika, że zostały zaprojektowane dźwigary stalowe o całkowitej rozpiętości 72,26m, wchodzące w skład konstrukcji głównej dachu, a także że kratownice stalowe zostały zaprojektowane jako konstrukcja dachu w części wejściowej do terminala. Oświadczenie zostało potwierdzone przez tłumacza przysięgłego, a osoba projektanta została zamieszczona w dokumentacji projektowej.

Z oświadczenia właściciela budynku referencyjnego ALTIS - ENERGO wynika, że w ramach inwestycji z poz. 2 wykazu robót wskazanych przez Konsorcjum IDS - BUD zaprojektowano i wykonano wieloformatową fasadę szklaną na pełną wysokość budynku - na potwierdzenie przedłożono zdjęcia - o konstrukcji słupowo - ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych, wykonanymi w postaci żebra szklanego. Ponadto wskazano, że projektantem budynku i osobą sprawującą nadzór autorski był pan p. P. I. syn A.

Z oświadczenia projektanta budynku z poz. 2 wykazu robót wskazanych przez Konsorcjum IDS - BUD i osoby sprawującej nadzór autorski nad realizacją inwestycji pana I.A. P., potwierdzonego przez tłumacza przysięgłego wynika, że w ramach inwestycji zaprojektowano i wykonano wieloformatową fasadę szklaną na pełną wysokość budynku o konstrukcji słupowo - ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych, wykonanymi w postaci żebra szklanego.

Z porozumienia z dnia 23 stycznia 2018 r. pomiędzy IDS - BUD S.A. a Korporacją „ALTIS HOLDING” zawartego „w związku z zainteresowaniem Stron w uczestnictwie w realizacji Inwestycji pn. „Wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją zadania inwestycyjnego pn. „Budowa Historii Polski w Warszawie”, której Inwestorem jest Muzeum Historii Polski w Warszawie”, z paragrafu 2 ust. 1 i 2 wynika, że: „1. W przypadku zawarcia między IDS a Inwestorem Kontraktu, ALTIS zobowiązuje się do wykonania w ramach Zamówienia robót określonych w przedłożonym zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, pozwalający na potwierdzenie realnego skorzystania przez IDS z tych zasobów, w szczególności w zakresie wykonania zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia: I. części robót w zakresie budowy budynku wraz z instalacjami klimatyzacji precyzyjnej, systemów BMS i kontroli dostępu II. posadowienia budynku III. a) konstrukcji stalowej minimum w zakresie elementów: kratownic stalowych - konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej lub b) fasady szklanej budynku, o konstrukcji zgodnej z wymaganiami SIWZ; 2. Jednocześnie Strony ustalają, iż ALTIS obligatoryjnie wykona roboty określone w ust. 1 pkt I oraz II. Roboty określone w ust. 1 pkt III ALTIS wykona, w całości bądź też jedynie w zakresie lit. a) albo b), według uznania IDS, jednakże w sposób niezbędny do skorzystania przez IDS z zasobów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, zgodnie z warunkiem określonym w pkt VI 2.2.1. SIWZ.”

Z opinii technicznej osoby opiniującej projekt konstrukcyjny, dokumentację obliczeniową i rysunki warsztatowe oraz nadzorującej wykonanie i montaż na budowie przeszklonych części elewacji zewnętrznych budynku MHŻP w Warszawie pana Wiesława Kalety wynika, że żadna z występujących w budynku fasad słupowo - ryglowych nie ma elementów nośnych wykonanych jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego i zespolonego z nim żebra szklanego.

Z odpowiedzi na pismo współautora projektu wykonawczego MHŻP w Warszawie K.& Associates wynika, że jedyna ściana posiadająca szklane żebra z elementami złożonymi z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego nie jest o konstrukcji słupowo - ryglowej.

W zestawieniu zakresu robót wymienionych w ofercie Przystępującego Konsorcjum IDS - BUD do zlecenia podwykonawcom z dokumentacją projektową oraz ogłoszeniem o zamówieniu, stanowiącym opracowanie własne Odwołującego wskazano w odniesieniu do dokumentacji projektowej i oferty Konsorcjum IDS - BUD: „TOM 1.1 Projekt zagospodarowania terenu - 3. Roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, TOM 1.2. Architektura krajobrazu - 3. Roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, TOM 1.3 Drogi - 3. Roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, TOM1.4. Przyłącza - 10. Instalacje elektryczne i teletechniczne, 9. Instalacje sanitarne i mechaniczne, TOM 2.1. Projekt architektoniczny - 1. Roboty konstrukcyjne i murowe, 4. Roboty dekarские i izolacyjne, 5. Roboty elewacyjne, 6. Roboty wykończeniowe wewnętrzne i zewnętrzne, 11. Roboty i usługi specjalistyczne, 2. Roboty rozbiórkowe, demontażowe i wyburzeniowe, TOM 2.2. Projekt konstrukcji - 1. Roboty konstrukcyjne i murowe, 11. Roboty i usługi specjalistyczne, TOM 2.3. Instalacje sanitarne - 9. Instalacje sanitarne i mechaniczne, TOM 2.4. Instalacje elektryczne - 10. Instalacje elektryczne i teletechniczne, TOM 2.5. Instalacje teletechniczne - 10. Instalacje elektryczne i teletechniczne, TOM 2.6. Instalacje BAS i BMS - 10. Instalacje elektryczne i teletechniczne, TOM 3.1. Projekt wnętrz - 7. Roboty stolarskie i ślusarskie, 8. Dostawa i montaż wyposażenia.” Natomiast w odniesieniu do ogłoszenia o zamówieniu i oferty Konsorcjum IDS - BUD: „1. Roboty ziemne - 3. Roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, 2. Roboty konstrukcyjne - 1. Roboty konstrukcyjne i murowe, 11. Roboty i usługi specjalistyczne, 3. Roboty murowe - 1. Roboty konstrukcyjne i murowe, 4. Roboty wykończeniowe - 3. Roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, Roboty dekarские i izolacyjne, 6. Roboty wykończeniowe wewnętrzne i zewnętrzne, 7. Roboty stolarskie i ślusarskie, 8. Dostawa i montaż wyposażenia, 11. Roboty i usługi specjalistyczne, 5. Roboty elewacyjne - 5. Roboty elewacyjne, 6. Roboty elektryczne - 10. Instalacje elektryczne i teletechniczne, 7. Roboty teletechniczne - 10. Instalacje elektryczne i teletechniczne, 8. Roboty sanitarne - 9. Instalacje sanitarne i mechaniczne, 9. Roboty drogowe i zieleniarskie - 3. Roboty ziemne, drogowe i zieleniarskie, 10. Roboty związane z zagospodarowaniem terenu - 3. Roboty ziemne,

drogowe i zieleniarskie, 11. Roboty rozbiórkowe, z wywiezieniem gruzu - Roboty rozbiórkowe, demontażowe i wyburzeniowe.”

Izba zważyła, co następuje:

Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniach zarzutów, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron i Uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołania zasługują na częściowe uwzględnienie.

KIO 624/18

I. Zarzuty dotyczące oferty Odwołującego.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu pomimo, iż nie zaistniały określone w tym przepisie przesłanki do odrzucenia - w szczególności poprzez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż omyłkowe wypełnienie formularza stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ w sposób nieodpowiadający narzuconemu przez Zamawiającego sposobowi prezentacji cen częściowych stanowi błąd w obliczeniu ceny;

2. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy omyłka polegająca na niedokonaniu prezentacji cen częściowych z uwzględnieniem narzuconego przez Zamawiającego wskaźnika procentowego, określonego w kolumnie 2 formularza cenowego (załącznik nr 4 do SIWZ), ma charakter oczywistej omyłki rachunkowej, co obligowało Zamawiającego do jej poprawienia;

z ostrożności procesowej:

3. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy omyłka polegająca na niedokonaniu prezentacji cen częściowych z uwzględnieniem narzuconego przez Zamawiającego wskaźnika procentowego, określonego w kolumnie 2 formularza cenowego (załącznik nr 4 do SIWZ), ma charakter innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a której skorygowanie nie powodowałoby istotnych zmian w treści oferty, co obligowało Zamawiającego do jej poprawienia.

Zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 oraz art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp) uzasadniając swoją decyzję nieuwzględnieniem przez Wykonawcę w załączniku nr 4 do SIWZ wartości procentowych w cenach jednostkowych. Okoliczność, że Odwołujący podał nieprawidłowe wartości w kolumnach: „cena netto” i „cena brutto” formularza cenowego (załącznik nr 4 do SIWZ) była bezsporna między Stronami. W ocenie Izby błąd ten nie stanowi jednak błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy pzp. Z błędem w obliczeniu ceny mamy do czynienia, gdy nie jest możliwe odtworzenie rachunku matematycznego przeprowadzonego przez wykonawcę, z uwagi na wpisane błędne wartości konieczne do przeprowadzenia tego rachunku. Przykładem błędu w obliczeniu ceny jest wskazanie błędnej stawki podatku VAT w ofercie, na co zwracał uwagę Przystępujący, jednak kwestia ta w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego ma odmienne znaczenie dla rozstrzygnięcia postawionego zarzutu niż wywodził Przystępujący. Mianowicie, jak podniósł Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r. (III CZP 53/11) jeśli zamawiający nie zawarł żadnych wskazań dotyczących stawki podatku VAT, to oferta zawierająca stawkę niezgodną o zobowiązującymi przepisami podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy ergo jeśli zamawiający wskazał stawkę podatku VAT w SIWZ to błąd w ofercie powinien zostać w tym zakresie poprawiony. Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba zauważa, że Zamawiający podał w załączniku nr 4 do SIWZ wartości wskaźników procentowych, w oparciu o które miały zostać wyliczone ceny jednostkowe, a wykonawcy nie mogli samodzielnie wprowadzać zmian w załączniku nr 4 (pkt XIV 5. SIWZ). Dodatkowo, wykonawcy byli zobowiązani do podania w formularzu oferty ceny całkowitej za realizację zamówienia, która miała charakter ceny ryczałtowej i miała zostać wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o zakres prac i robót przedstawiony w SIWZ wraz z załącznikami, w szczególności w załączniku nr 1 (pkt XIV 1. SIWZ, pkt 19.3.1. wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ). Podana w formularzu cenowym kwota musiała być zgodna z kwotą podaną w formularzu oferty jako cena realizacji zamówienia, załącznik nr 2 do SIWZ (pkt XIV 3 SIWZ) i w ofercie Odwołującego warunki te zostały zachowane. Skoro zatem Zamawiający podał wskaźniki procentowe w formularzu oraz znał cenę całkowitą oferty Wykonawcy to mógł i powinien odtworzyć rachunek matematyczny dotyczący nieprawidłowo wskazanych wartości w załączniku nr 4 do SIWZ oferty Odwołującego. Wykonawcy nie mieli bowiem wpływu na ceny netto i brutto w formularzu cenowym, które były determinowane wysokością wskaźników procentowych narzuconych przez Zamawiającego.

Wskazać należy, że oczywiste omyłki rachunkowe to błędy wynikające z niewłaściwego przeprowadzenia działań arytmetycznych, w szczególności błędne zsumowanie lub odjęcie poszczególnych pozycji (post. SN z 21.06.1967 r., II CZ 48/67, LEX nr 616). Jak wskazano

w opinii UZP: „Wykonawca dopuszcza się omyłki rachunkowej, gdy na podstawie działania matematycznego można ją prześledzić i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu (...). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, nie tylko wtedy, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka. Tę cechę można przypisać wyłącznie omyłkom dotyczącym prostych działań na małych liczbach. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej dla uznania, że omyłka rachunkowa ma charakter oczywisty, wystarczający jest fakt jej ustalenia podczas sprawdzania obliczeń zgodnie z podanym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny oferty oraz możliwość jej jednoznacznego stwierdzenia (wyrok KIO z 1 września 2011 r., sygn. akt 1787/11, a także w wyroku KIO z dnia 28 września 2010 r., sygn. akt KIO 1978/10). Nie stanowi przy tym ograniczenia dla poprawy oczywistej omyłki rachunkowej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp ilość omyłek rachunkowych występujących w ofercie, ani też ich istotność.

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego dotyczącej braku możliwości poprawienia nieprawidłowych wartości w ofercie Odwołującego z uwagi na istotność załącznika nr 4 do SIWZ w procesie inwestycyjnym Izba zauważa, że załącznik ten miał służyć ustaleniu kwotowych wartości poszczególnych rodzajów robót dla potrzeb obliczenia stanu zaawansowania robót budowlanych (pkt 19.2.4. wzoru umowy - załącznik nr 3 do SIWZ). Postanowienia SIWZ nie zawierają postanowień, które wskazywałyby, że na podstawie tego formularza wykonawcy byłoby zobowiązani do obliczenia ceny. W SIWZ wskazuje się również, że przedmiary robót miały wyłącznie charakter pomocniczy. W związku z powyższym Zamawiający był zobligowany do poprawienia nieprawidłowych wartości w ofercie Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, a więc oczywistych omyłek rachunkowych. O oczywistości tych omyłek świadczą niektóre pozycje formularza przykładowo: 3.4.1.3.4., 3.4.1.4.5. czy 6.4., gdzie wskaźniki procentowe wynoszą: 0,0100%, 0,0001%, 0,1000%. Porównanie tych wskaźników z całkowitą ceną oferty powoduje, że nieprawidłowe wartości w kolumnach „cena netto”, „cena brutto” w sposób oczywisty „rzucają się w oczy”, nie budzą jakichkolwiek wątpliwości i wynikają z danych zawartych w samej ofercie bez konieczności ich uzupełniania przez Wykonawcę. W ocenie Izby Zamawiający był zobowiązany poprawić ofertę Odwołującego w oparciu o dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, co Izba nakazała.

Odnosząc się do podnoszonej przez Przystępujące Konsorcjum Hochtief argumentacji, że oferta Odwołującego Budimex i tak w ponownej ocenie ofert powinna zostać odrzucona za niezgodność z SIWZ z uwagi na wskazane powyżej błędy formularza cenowego Izba wskazuje, że Odwołujący zastosował się do zapisów SIWZ. Mając na względzie, że omyłki w ofercie Odwołującego kwalifikują się jako oczywista omyłka rachunkowa Izba uznała za niezasadny zarzut podniesiony z ostrożności procesowej naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3

ustawy pzp, gdyż ma on zastosowanie gdy treść oferty wykonawcy jest niezgodna z SIWZ ale możliwe jest poprawienie w ofercie tych niezgodności pod warunkiem, że nie powodują one jednak istotnych zmian w treści oferty.

II. Zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum IDS-BUD.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp poprzez błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż zobowiązanie Korporacji Altis - Holding stanowi o realnym udostępnieniu zasobu podmiotu trzeciego oraz błędne i nieuzasadnione przyjęcie, iż podmiot trzeci wykona roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest udostępniane doświadczenie, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD z uwagi na niewykazanie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ;

ewentualnie:

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD do przedłożenia Zamawiającemu zobowiązania podmiotu trzeciego, z którego treści wynikałoby realne udostępnienie zasobu tego podmiotu oraz wykonanie zamówienia w zakresie, dla którego udostępniane doświadczenie jest wymagane.

Izba uznała, że na uwzględnienie zasługuje zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 w zw. art. 22a ust. 2 i 4 i w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Na wstępie wskazać należy, że zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone przez Wykonawcę Konsorcjum IDS - BUD wraz z ofertą nie wskazywało w ocenie Izby w sposób precyzyjny jaki zakres podlega udostępnieniu, a także czy Korporacja Altis Holding wykona roboty budowlane objęte udostępnieniem celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stwierdzenia zawarte w zobowiązaniu: „dwa z czterech zakresów” i powołanie na warunek udziału w postępowaniu powodują, iż kwestie realności udostępnienia pozostają nieudowodnione. Co bowiem istotne warunek udziału w postępowaniu zawarty w pkt VI 2.2.1., na który powołuje się w treści zobowiązania podmiot udostępniający został sformułowany w sposób alternatywny: *„wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonał co najmniej dwa z wymienionych poniżej zakresów robót: a) należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub b) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-*

ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub c) należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej d) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.”

4. W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Zgodnie z art. 22a ustawy pzp Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Z treści takiego zobowiązania musi jednak wynikać w sposób nie budzący wątpliwości jaki zasób zostaje udostępniony oraz zakres realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązuje się dany podmiot odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów. Przystępujący złożył na rozprawie porozumienie zawarte pomiędzy IDS - BUD S.A. a podmiotem Korporacją Altis Holding, jednak również z jego treści nie wynika w sposób jednoznaczny zakres udostępnienia i następnie realizacji zamówienia. Paragraf 2 ust. 2 tegoż porozumienia wskazuje, że odnośnie części udostępnionych zobowiązaniem robót podmiot Altis Holding wykona je w całości bądź w pewnym zakresie, według uznania IDS - BUD S.A., następnie po raz kolejny znajdujemy odesłanie do warunku udziału w postępowaniu, który został sformułowany w sposób alternatywny. Izba zauważa, że w zakresie złożonego przez Konsorcjum IDS - BUD zobowiązania podmiotu trzeciego Zamawiający skierował do Wykonawcy wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Wezwanie nie dotyczyło jednakże kwestii realnego udostępnienia zasobów, jak wywodził Odwołujący, a objęcia wszystkich Członków Konsorcjum przedmiotem udostępnienia oraz jednoznacznego określenia zakresu i sposobu udostępnienia zasobów w kontekście dwukrotnie pojawiającej się w zobowiązaniu litery „b)”. Zamawiający sformułował wezwania w sposób precyzyjny, a odpowiedź Konsorcjum IDS - BUD i przedstawione nowe zobowiązanie wyjaśniało wątpliwości wskazane przez Zamawiającego. Wezwanie to nie może być zatem potraktowane jako wyczerpujące procedurę objętą dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Mając na względzie, że kwestia realności udostępnionych zasobów nie była przedmiotem wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp Izba nakazała skierowanie wezwania Konsorcjum IDS - BUD o treści przedstawionej w sentencji orzeczenia.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 16 i 17 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD wobec przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ, w szczególności poprzez przedstawienie następujących nieprawdziwych informacji:

1) Poświadczenia w treści „wykazu robót budowlanych”, składanego jako dowód spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, iż w ramach budowy nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” została wykonana konstrukcja stalowa w klasie EXC 3, w szczególności dla elementów: kratownic stalowych, konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcję stropów oraz podkonstrukcji elewacji zewnętrznej;

2) Poświadczenia w treści „wykazu robót budowlanych”, składanego jako dowód spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, iż w ramach budowy budynku biurowego w Kijowie, p-t Lobanovskoho (d. Czervonozorianyi) 44, została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo - ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stołowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego;

3) Poświadczenia w treści „wykazu robót budowlanych”, składanego jako dowód spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, iż zamawiającym (inwestorem) w ramach zadania obejmującego budowę nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” była Administracja Państwowa w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego, oraz przedstawienia referencji uzyskanych od tego podmiotu, jako dokumentów mających potwierdzać w sposób obiektywny należyte wykonanie robót budowlanych;

ewentualnie:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp poprzez zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawcy Konsorcjum IDS-BUD wobec przedstawienia przez tego wykonawcę informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, że zamawiającym (inwestorem) w ramach zadania obejmującego budowę nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” była Administracja Państwowa w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego co mogło mieć wpływ na decyzje Zamawiającego podejmowane w Postępowaniu, w tym na decyzje o zaniechaniu wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień złożonych dokumentów,

ewentualnie:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp poprzez zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ.

4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy pzp w zw. z § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) - dalej jako „Rozporządzenie” poprzez zaniechanie zastosowania § 2 ust. 6 Rozporządzenia w sytuacji, gdy wykonawca Konsorcjum IDS-BUD nie udzielił wyjaśnień co do faktycznego zakresu robót budowlanych polegających na budowie nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” (poz. 1 „wykazu robót budowlanych”), co skutkowało bezzasadnym i bezkrytycznym uznaniem, iż wykonawca Konsorcjum IDS-BUD spełnia warunek udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu doświadczeniem niezbędnym do wykonania zamówienia, którego sposób oceny został opisany w pkt. 2.2.1 SIWZ, a w konsekwencji zaniechaniem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

W ocenie Izby zarzuty te nie potwierdziły się w świetle zebranego materiału dowodowego.

Wykonawca był zobowiązany w ramach warunku, którego spełnienie przez Konsorcjum IDS - BUD kwestionuje Odwołujący (pkt VI 2.2.1 SIWZ) wykazać, że *„wykonał co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie budynku w którym zainstalowana została klimatyzacja precyzyjna i system BMS wraz z elementami kontroli dostępu oraz wykonał co najmniej dwa z wymienionych poniżej zakresów robót:*

a) *należycie została wykonana elewacja wentylowana i okładziny wewnętrzne z użyciem wielkoformatowych płyt kamiennych mocowanych za pomocą systemowych zawiesi ślizgowych, lub*

b) należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego, lub

c) należycie została wykonana konstrukcja stalowa w klasie co najmniej EXC3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m, elementów stalowych podwieszających konstrukcje stropów, podkonstrukcji elewacji zewnętrznej.

d) należycie zostało wykonane posadowienie budynku na płycie fundamentowej z ograniczeniem rys w konstrukcji żelbetowej do 0,2 mm.”

Przystępujący Konsorcjum IDS - BUD wykazało się realizacją dwóch robót budowlanych oraz na potwierdzenie złożyło referencje. Obie roboty budowlane zostały podważone przez Odwołującego jako spełniające wymagania zawarte w warunku.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że w ramach budowy nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” nie mogła zostać wykonana konstrukcja stalowa w klasie EXC 3, a informacje w tym zakresie zawarte w wykazie robót są nieprawdziwe, gdyż w latach kiedy realizowana była przedmiotowa robota budowlana - w okresie od grudnia 2009 r. do grudnia 2012 r. - Wykonawca konstrukcji stalowej - przedsiębiorstwo Ukrstal nie posiadało uprawnień do realizacji konstrukcji stalowych w klasie EXC 3. Miało to miejsce dopiero z dniem 21 września 2012 r., a więc już w końcowej fazie budowy kiedy wykonuje się roboty wykończeniowe, a nie konstrukcje stalowe. Odwołujący podkreślił również, iż na terenie Ukrainy wprowadzono nakaz stosowania normy DSTU B EN 1090-1:2009+A1:2011 (określającej wymogi dla klasy EXC3) rozporządzeniem nr 355 z dnia 18 grudnia 2014 r., a więc niemal dwa lata po zakończeniu realizacji dworca lotniczego we Lwowie. Dowody złożone przez Odwołującego nie potwierdzają jednak w ocenie Izby powyższych twierdzeń. Z wyciągu ze strony internetowej wynika, że Żytomierski Zakład Konstrukcji Stalowych brał bezpośredni udział w realizacji projektu „Terminal na lotnisku międzynarodowym, Lwów”, brak natomiast informacji w jakim okresie i jaki był zakres wykonanych prac. Odnośnie posiadania przez Zakład możliwości realizacji konstrukcji stalowych w klasie EXC 3, co prawda złożona kopia certyfikatu przetłumaczona w ograniczonym zakresie przez Odwołującego wskazuje, że Żytomierski Zakład Konstrukcji Stalowych uzyskał certyfikat dla konstrukcji stalowych EXC 3 zgodnie z normą EN 1090 - z dnia 21 września 2012 r. jednakże rację ma Przystępujące Konsorcjum IDS - BUD, że certyfikaty wydawane są na określony czas i niewykluczone, że w okresie realizacji inwestycji podanej w wykazie Zakład legitymował się takim certyfikatem. Odwołujący nie przedstawił również dowodu - rozporządzenia nr 355 z dnia 18 grudnia 2014 r., na które się

powołuje. Izba dała wiarę dowodom przedstawionym przez Przystępującego IDS - BUD, a więc oświadczeniu projektanta nadzorującego realizację konstrukcji stalowej, a także sprawującego kontrolę nad zgodnością z normami, że wymogi zawarte w projekcie budowy konstrukcji stalowej nowego dworca lotniczego PP Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów odpowiadają wymogom normy dla kategorii wykonania konstrukcji EXC3. Oświadczenie zostało potwierdzone przez tłumacza przysięgłego, a osoba projektanta została zamieszczona w dokumentacji projektowej referencyjnego budynku, co uwiarygadnia prawdziwość złożonego oświadczenia. W świetle powyższego dalsze dowody złożone przez Przystępującego określające kategorie złożoności czy odpowiedzialności Izba uznała za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Dokumenty te są niekompletne i nieopatrzone datą, stanowią jedynie fragmenty aktów prawnych obowiązujących na Ukrainie.

Odwołujący podważył również, iż w ramach budowy dworca lotniczego we Lwowie wykonane zostały dźwigary stalowe o rozpiętościach co najmniej 30 m co jest informacją nieprawdziwą, gdyż dźwigary stalowe w tym obiekcie mają rozpiętość nieprzekraczającą 22 m. Ponadto Odwołujący zaznaczył, że konstrukcja dachu dworca lotniczego nie została wykonana w technologii kratownic stalowych ale jako konstrukcja ramowa, z blachownic spawanych o przekroju dwuteowym. W tym zakresie Odwołujący przedłożył raport z wyjazdu służbowego z dnia 30 marca 2018 r. i dokonanej wizji lokalnej Portu Lotniczego we Lwowie pod względem zgodności budynku referencyjnego z pkt VI 2.2.1 SIWZ. W ocenie Izby dowód ten nie potwierdza jednoznacznie argumentacji Odwołującego. Raport stanowi opracowanie własne Odwołującego. Ponadto nie jest pewne, że fotografie przedstawiają wszystkie części budynku, czy przedstawiciele Odwołującego sprawdzili rozpiętość wszystkich dźwigarów stalowych budynku, bowiem pomiary były dokonywane w strefach. Pomiędzy Odwołującym i Przystępującym IDS-BUD sporny był także sposób liczenia rozpiętości dźwigarów, a Zamawiający nie zawarł w SIWZ sposobu weryfikacji oświadczeń o szerokości tej rozpiętości. Nie zostało także wykazane, że istnieje wyłącznie jeden sposób obliczania rozpiętości dźwigarów. Natomiast nota techniczna i oświadczenia w niej zawarte została opracowana na podstawie przedstawionych przez Odwołującego fotografii i dokonanych pomiarów. Co istotne, na co również zwracał uwagę Przystępujący warunek określał, że miała zostać należycie wykonana konstrukcja stalowa w klasie co najmniej EXC 3 w szczególności dla elementów: kratownic stalowych konstrukcji dachu, dźwigarów stalowych o znacznych rozpiętościach co najmniej 30 m. Brak jest w warunku wymagania, że kratownice stalowe miały być wykonane na całym dachu budynku, czy że nie mogą występować dźwigary stalowe o mniejszych rozpiętościach. Wymagano jedynie wykonania kratownic stalowych konstrukcji dachu w klasie co najmniej EXC 3 oraz dźwigarów stalowych o

znaczących rozpiętościach co najmniej 30 m w klasie co najmniej EXC 3. Izba dała wiarę dowodom przedstawionym w tym zakresie przez Przystępującego Konsorcjum IDS - BUD, a więc oświadczeniu projektanta nadzorującego realizację konstrukcji stalowej referencyjnego budynku, że zostały zaprojektowane dźwigary stalowe o całkowitej rozpiętości 72,26m, wchodzące w skład konstrukcji głównej dachu, a także że kratownice stalowe zostały zaprojektowane jako konstrukcja dachu w części wejściowej do terminala. Oświadczenie zostało potwierdzone przez tłumacza przysięgłego, a osoba projektanta została zamieszczona w dokumentacji projektowej, co uwiarygadnia prawdziwość złożonego oświadczenia.

Odwołujący kwestionował również wykonanie wielkoformatowej fasady szklanej na pełną wysokość budynku, o konstrukcji słupowo - ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stołowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego w ramach budowy budynku biurowego w Kijowie, p-t Lobanovskoho (d. Czervonozoriani) 44. Przedstawił w tym zakresie opinię wykonaną przez Ekspertis Sp. z o.o. Sp. k. i opracowaną przez dr inż. P.S. oraz dr inż. M.P.. Wskazać należy, że została ona opracowana na podstawie przedłożonej przez Odwołującego dokumentacji fotograficznej. Izba dała wiarę dowodom przedstawionym przez Przystępującego IDS - BUD, a więc oświadczeniu właściciela budynku referencyjnego ALTIS - ENERGO, że w ramach przedmiotowej inwestycji zaprojektowano i wykonano wieloformatową fasadę szklaną na pełną wysokość budynku - na potwierdzenie czego przedłożono zdjęcia - o konstrukcji słupowo - ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych, wykonanymi w postaci żebra szklanego, a także oświadczeniu projektanta budynku i osoby sprawującej nadzór autorski, potwierdzonemu przez tłumacza przysięgłego.

Odwołujący podważał ponadto wartość referencji składanych jako dowód spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, iż zamawiającym (inwestorem) w ramach zadania obejmującego budowę nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów” była Administracja Państwowa w Obwodzie Lwowskim, Zarząd Budownictwa Inwestycyjnego, jako dokumentu mającego potwierdzać w sposób obiektywny należyte wykonanie robót budowlanych. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Gospodarczego w Kijowie z dnia 2 lutego 2015 r., sprawa nr 910/27238/14 twierdząc, że wyłącznie uprawnionym do wystawienia referencji było Państwowe Przedsiębiorstwo Dyrekcja ds. Budownictwa Obiektów na EURO 2012 we Lwowie. Izba zauważyła jednak, że w treści uzasadnienia wyroku Sąd stwierdził należyte wykonanie inwestycji - budowa nowego dworca lotniczego PP „Międzynarodowy Port Lotniczy Lwów”. W tym kontekście dowód przedstawiony przez Przystępującego IDS - BUD - opinia prawna dotycząca podmiotu uprawnionego do wystawienia referencji, nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W świetle powyższego należy podkreślić, że Odwołujący Budimex nie udowodnił, iż Przystępujący Konsorcjum IDS - BUD nie spełniło warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VI 2.2.1. W konsekwencji nie potwierdziły się również zarzuty dotyczące wprowadzenia Zamawiającego w błąd bądź przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (ust. 16); wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (ust. 17). Mając na względzie zebrany w sprawie materiał dowodowy sytuacje opisane w dyspozycji powyższych artykułów nie miały miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

Ponadto Izba wskazuje, że nie potwierdził się także zarzut naruszenia § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126). Przepis ten jest przepisem fakultatywnym i Zamawiający nie miał obowiązku go zastosować. Zamawiający po wyjaśnieniach Konsorcjum IDS - BUD z dnia 21 marca 2018 r. nie miał dalszych wątpliwości co do spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, co w dalszej kolejności doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

KIO 645/18

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 23 ustawy pzp, tj. Konsorcjum IDS-BUD S.A., pomimo, iż Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający postawił w postępowaniu warunek dotyczący zdolności ekonomicznej i finansowej aby wykonawca wykazał minimalny roczny obrót w okresie ostatnich 3 lat obrotowych w wysokości nie mniejszej niż 400.000.000,00 zł w każdym roku obrotowym. Przystępujący Konsorcjum IDS - BUD wykazał spełnienie powyższego warunku, poprzez połączenie obrotów wszystkich Członków Konsorcjum w każdym roku obrotowym. Taki sposób spełnienia warunku został podważony przez Odwołującego. W jego ocenie każdy z Konsorcjantów powinien wykazać roczny obrót na poziomie wymaganym przez Zamawiającego bądź poprzez połączenie obrotów Członków Konsorcjum i podzielenie ich przez ilość Członków.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że rozpatrując warunek udziału w postępowaniu należy się odnieść do postanowień SIWZ. W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił w SIWZ w pkt VI.2, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia muszą wykazać, że warunki określone w pkt. VI.2 SIWZ, spełniają „łącznie wszyscy Wykonawcy”. Zgodnie z art. 23 ust. 5 ustawy pzp zamawiający ma prawo określić w sposób odmienny opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmioty występujące wspólnie o udzielenie zamówienia. Zamawiający z tego uprawnienia skorzystał przewidując, że każdy ze wspólnie działających wykonawców może wykazać spełnianie warunku udziału łącznie z innym wykonawcą z nim współdziałającym. Zamawiający nie zróżnicował tego wymagania w zależności od rodzaju warunku udziału, jaki miał być wykazany. Na obecnym etapie (po upływie terminu składania ofert) nie można doprecyzowywać tak określonego sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, czy nadawać jemu odrębnego znaczenia, choćby w ocenie wykonawcy działającego samodzielnie wymóg postawiony przez Zamawiającego nie był logiczny czy równy dla wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Sporny punkt odnosi się również do warunku w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej, a w świetle tak określonych

postanowień Izba uznała, że Wykonawca był uprawniony do połączenia potencjałów Konsorcjantów w sposób podważany przez Odwołującego. Postanowienia SIWZ są w tym zakresie jednoznaczne. Jakkolwiek rację przyznać należy Odwołującemu, że w przypadku warunku dotyczącego obrotu zasadnym było sformułowanie szczególnego sposobu spełnienia tegoż warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający był zobligowany uznać warunek za spełniony. Działania Zamawiającego są w tym zakresie prawidłowe.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp oraz w związku z art. 22a ust. 2-4 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie wymaganego doświadczenia, tj. nie udowodniło, iż realizując zamówienie będzie dysponowało zasobami podmiotu trzeciego, który udostępnił wiedzę i doświadczenie.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W zakresie tego zarzutu Izba przywołuje argumentację przedstawioną w uzasadnieniu odnośnie tożsamesgo zarzutu zawartego w odwołaniu Wykonawcy Budimex S.A. w sprawie KIO 624/18.

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż Konsorcjum IDS-BUD nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Kierownika budowy.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się.

W zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej, tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Kierownika budowy Zamawiający postawił warunek tożsamy jak dla doświadczenia wykonawcy. Konsorcjum IDS - BUD wskazał na stanowisko Kierownika budowy w wykazie przedłożonym Zamawiającemu Pana S.K., jako Kierownika Budowy 06.2009 - 10.2013 (od daty rozpoczęcia budowy do daty zakończenia budowy) przy Budowie Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie. Odwołujący podważył wiarygodność informacji podanej przez Konsorcjum IDS - BUD w

wykazie że w ramach inwestycji *należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego*. Odwołujący zaznaczył na rozprawie, że warunek spełniałaby wyłącznie fasada o konstrukcji słupowo - ryglowej. Przedłożył dowód w postaci opinii technicznej osoby opiniującej projekt konstrukcyjny, dokumentację obliczeniową i rysunki warsztatowe oraz nadzorującej wykonanie i montaż na budowie przeszklonych części elewacji zewnętrznych budynku MHŻP w Warszawie, z której wynika że żadna z występujących w budynku fasad słupowo - ryglowych nie ma elementów nośnych wykonanych jako żebro szklane lub element złożony z profilu stalowego i zespolonego z nim żebra szklanego. Ponadto przedstawił odpowiedź na pismo współautora projektu wykonawczego MHŻP w Warszawie, z którego wynika, że jedyna ściana posiadająca szklane żebra z elementami złożonymi z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego nie jest o konstrukcji słupowo - ryglowej wraz z dokumentacją fotograficzną. Przystępujący Konsorcjum IDS - BUD przedstawił natomiast dokumentację fotograficzną oraz fragment projektu wykonawczego dotyczącego fasady szklanej. Przystępujący powołał się na treść odwołania Budimex i złożonego przez Budimex dowodu: oceny prawidłowości oświadczenia oferenta w postępowaniu MHP wykonanej przez Ekspertis Sp. z o.o. Sp. k. i opracowanej przez dr inż. P.S. oraz dr inż. M.P. Jako przykład obiektów z fasadą szklaną z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane zostało wskazane Muzeum Historii Żydów Polskich w Warszawie („od zewnątrz obiektu widoczne zarówno żebra szklane jak również punktowe mocowanie fasady do żeberek szklanych za pomocą rotuli.”). Przystępujący wskazał, że nie było warunku wymagania aby oba z wymienionych sposobów wykonania fasady szklanej miały być w konstrukcji słupowo - ryglowej. W świetle przedstawionych dowodów, jak również stanowisk Stron i Uczestników Postępowania Izba uznała, że warunek dotyczący Kierownika Budowy pkt VI.2.2.2.lit. a) SIWZ w zakresie fasady szklanej został sformułowany w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Warunek ten można było rozumieć dwojako: albo że *należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku, o konstrukcji słupowo-ryglowej*, a ta konstrukcja słupowo - ryglowa miała być albo 1. z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane albo jako 2. element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego; albo że *należycie została wykonana wielkoformatowa fasada szklana na pełną wysokość wszystkich kondygnacji budynku*, 1. o konstrukcji słupowo-ryglowej z elementami nośnymi ścian osłonowych wykonanymi jako żebro szklane albo 2. jako element złożony z profilu stalowego oraz zespolonego z nim żebra szklanego. Nieprecyzyjna interpunkcja zastosowana w treści tegoż warunku jak się okazało doprowadziła do różnej interpretacji przez Oferentów. Mając

na względzie, iż niejasne i niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawców, Izba uznała że warunek został przez Konsorcjum IDS - BUD spełniony.

Na jawnej rozprawie w dniu 19 kwietnia 2018 r. Odwołujący wycofał zarzut zawarty w pkt V uzasadnienia wniesionego odwołania dotyczący niewykazania przez Konsorcjum IDS - BUD spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Kierownika robót konstrukcyjno — budowlanych. W związku z powyższym Izba nie rozpoznawała tego zarzutu odwołania.

4. Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż wykonawca ten w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej;

ewentualnie:

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie spełniania przez Konsorcjum IDS-BUD warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej.

W konsekwencji nie potwierdziły się również zarzuty dotyczące wprowadzenia Zamawiającego w błąd bądź przedstawienia informacji wprowadzających w błąd. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy pzp z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (ust. 16); wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

(ust. 17). Mając na względzie zebrany w sprawie materiał dowodowy sytuacje opisane w dyspozycji powyższych artykułów nie miały miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

5. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD, pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim Konsorcjum IDS-BUD zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcom.

Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odnosnie tego zarzutu zaznaczać należy, że Zamawiający wprowadził w SIWZ ograniczenie, iż wykonawcy nie mogą powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcom (pkt III.15 SIWZ). W ofercie Przystępujący wskazał szereg zakresów zamówienia i wiele podmiotów, którym zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, jednak w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił, że zakres podany przez Przystępującego w ofercie wyczerpuje wykonanie zamówienia w całości. Odwołujący przedstawił Tabele porównawcze zakresów robót wymienionych w ofercie IDS - BUD do zlecenia podwykonawcom z dokumentacją projektową oraz ogłoszeniem o zamówieniu, jednak w grupach wymienionych przez Odwołującego mieści się szereg dodatkowych robót budowlanych, na co wskazuje chociażby treść załącznika nr 4 do SIWZ. Brak dokonania wyłączeń przez Konsorcjum IDS - BUD w poszczególnych grupach robót budowlanych wskazanych w ofercie nie świadczy w ocenie Izby o powierzeniu całości robót do wykonania podwykonawcom.

6. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na stanowisko Kierownika budowy

Mając na względzie, że wcześniejsze zarzuty odwołania nie potwierdziły się Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47)

zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 20 000,00 zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....