Sygn. akt: KIO 1350/19
KIO 1354/19

WYROK

z dnia 30 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Aleksandra Patyk
Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2019 r., w Warszawie, odwołań wniesionych

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie,

B. w dniu 15 lipca 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WTE Wassertechnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz WTE Wassertechnik GmbH z siedzibą w Essen (Niemcy)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna

przy udziale:

A. wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1350/19 i KIO 1354/19 po stronie

zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1354/19 po stronie zamawiającego,

C.wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WTE Wassertechnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz WTE Wassertechnik GmbH z siedzibą w Essen (Niemcy), zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1350/19 po stronie odwołującego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1350/19 wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

2. Uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1354/19 wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WTE Wassertechnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz WTE Wassertechnik GmbH z siedzibą w Essen (Niemcy) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.

3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1350/19 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset

złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1354/19 obciąża

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WTE Wassertechnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz WTE Wassertechnik GmbH z siedzibą w Essen (Niemcy) tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WTE Wassertechnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz WTE Wassertechnik GmbH z siedzibą w Essen (Niemcy) kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1983 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1350/19
KIO 1354/19

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna, dalej „Zamawiający", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane, którego przedmiotem jest Zadanie II.2 Modernizacja oczyszczalni ścieków Południe w zakresie gospodarki ściekowej i osadowej na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1983 z późn. zm.), dalej: „ustawa Pzp" lub „pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 16 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 199-452727. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I. Zarzuty i żądania odwołania - odwołanie o sygn. KIO 1350/19

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Inżynieria Rzeszów Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie oraz Eneris Woda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Inżynieria Eneris", wniósł odwołanie wobec:

1) Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BUDIMEX S.A. (dalej „BUDIMEX") na skutek nieprawidłowego przyznania punktów w ramach kryterium nr 3 „Doświadczenie Projektanta technologa — Eksperta nr 3" w sytuacji gdy BUDIMEX w treści oferty nie wykazał dysponowania taką osobą, co zmieniło wynik postępowania, gdyż w przypadku przyznania ofercie BUDIMEX 0 punktów, to oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, czym naruszono art. 7 ust. 1 i ust. 3, w związku z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp;

2) Czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę BUDIMEX, pomimo faktu, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania, czym naruszono art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust.

1 pkt 12, art. 22a ust 2, ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp;

3) Zaniechania czynności wezwania wykonawcy BUDIMEX do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia pozwalających na realizację zamówienia, a także dokumentów potwierdzających, że BUDIMEX nie podlega wykluczeniu z postępowania na skutek:

a) Dokonania nieprawidłowej oceny że BUDIMEX może korzystać z zasobów SUEZ TREATMENT SOLUTIONS S.A.U (dalej „SUEZ"), podczas gdy wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami, bowiem z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia nie wynika, że SUEZ wykona roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane, a także nie wskazano konkretnie jakie zasoby SUEZ udostępnił, to jest naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 a ust 2, ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp,

b) Dokonania nieprawidłowej oceny, że BUDIMEX może korzystać z zasobów SUEZ, podczas gdy z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów ani z treści wyjaśnień złożonych przez BUDIMEX w trybie art. 26 ust.4 ustawy Pzp nie wynika, że SUEZ wykonał roboty budowlane konieczne dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia o którym mowa w punkcie 5.1.1.2 lit. b) SIWZ, to jest naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 a ust 2, ust. 3 ustawy Pzp;

c) Dokonania nieprawidłowej oceny, że BUDIMEX wykazał dysponowanie osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, to jest naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 a ust 2, ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp;

d) Dokonania nieprawidłowej oceny, że BUDIMEX wykazał brak podstaw wykluczenia pomimo, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie złożył informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp (z zastrzeżeniem treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp) oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w odniesieniu do członka organu nadzorczego BUDIMEX, pana A. D. L. J. R. D. V., to jest naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 24 ust. 1 pkt 12 i pkt 16 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu: powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania prawidłowej oceny w ramach kryterium nr 3; wezwania BUDIMEX do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie oraz brak podstaw wykluczenia z postępowania; powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez Wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący wskazywał, że BUDIMEX w treści oferty, na stanowisko Ekspert nr 3 Projektant technolog wskazał panią E.K.. W kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania osobami" podano: „Dysponuję wskazaną osobą na podstawie umowy pośredniej.* Przedstawiam pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wskazanej osoby w rozumieniu art. 22a a ust. 2 ustawy pzp." Tymczasem w treści oferty nie znalazło się żadne zobowiązanie podmiotu trzeciego, który by taki zasób osoby zdolnej do realizacji zamówienia przekazywało. Znajdujące się w treści złożonych wraz z ofertą BUDIMEX zobowiązań BIPROWOD oraz DP System oświadczenia o zakresie przekazywanych zasobów, nie zawierają informacji o treści pozwalającej na stwierdzenie udostępnienia ww. osoby.

Udostępnienie konkretnej osoby, posiadającej właściwie oznaczoną tożsamość, której wiedza i doświadczenie znacznie przekracza minimalny poziom wymagań, który jest niezbędny do realizacji projektu, powinno być jednoznaczne i bezsprzeczne. Stanowi bowiem treść oferty wykonawcy, co powoduje że poza wyjaśnieniami w trybie art. 87 oraz poprawianiem omyłek w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, nie może stanowić przedmiotu żadnych innych zabiegów sanacyjnych.

Ponieważ w wykazie osób złożonym przez BUDIMEX, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, eksperci wykazani w treści oferty nie zostali już ponownie wymienieni, to na skutek niewykazania dysponowania osobami, Zamawiający powinien wezwać do uzupełnienia dokumentów potwierdzających takie dysponowanie osobami. Czynność ta, jako wykonana po upływie terminu do złożenia ofert, nie spowoduje już możliwości przyznania punktów w kryterium kryterium nr 3 „Doświadczenie Projektanta technologa — Eksperta nr 3". Punktacja nie może być przyznana za wiedzę i doświadczenie osoby, dysponowania którą BUDIMEX w chwili złożenia oferty nie wykazał.

Odwołujący wskazywał również, że wraz z ofertą BUDIMEX złożył zobowiązanie SUEZ do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Treść zobowiązania SUEZ nie odpowiada wymaganiom, jakie nakłada postanowienie punktu 6.3 ppkt 3 SIWZ. W treści zobowiązania nie wskazano zasobów, na które powołuje się wykonawca lecz jedynie wskazano numer porządkowy postanowienia SIWZ, zawierającego treść warunku udziału w postępowaniu. Zobowiązanie ma więc charakter blankietowy. Nie stwarza Zamawiającemu możliwości poznania faktycznego zakresu udostępnianych zasobów.

Według Odwołującego treść oświadczenia SUEZ w sprawie zakresu zamówienia, który zamierza realizować nie stwarza możliwości wykorzystania przekazywanych wiedzy i doświadczenia w zakresie objętym warunkiem udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosił, że konstruując warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia w zakresie wykonywania robót budowlanych, Zamawiający nie dokonał jego fragmentacji na mniejsze „podwarunki". Zażądał kumulatywnego wykazania się realizacją jednej roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie lub rozbudowie lub przebudowie lub modernizacji) oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM, w zakresie której wykonano łącznie roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz 2 rozruchem oraz w zakresie której zastosowano proces hydrolizy osadu ściekowego.

Aby umożliwić BUDIMEX skuteczne wykorzystanie zasobów wiedzy i doświadczenia, SUEZ powinien był zobowiązać się do wykonania w ramach podwykonawstwa całości robót, czego nie uczynił. Za relewantną w okolicznościach przedmiotowej sprawy uznać należy także treść formularza ofertowego złożonego przez BUDIMEX. W punkcie 7 podano zakresy podwykonawstwa. Wykaz podwykonawców wraz z przydzielonymi im zakresami merytorycznymi, jakkolwiek nie jest wiążący i może podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, pokazuje jednak faktyczne intencje BUDIMEX.

Części te miałyby wykonać wskazane w wykazie podmioty w zakresie im powierzonym, przy czym BUDIMEX nie zaplanował nawet wykonania przez SUEZ instalacji hydrolizy, która wskazuje w wyjaśnieniach jako wykonana przez DEGREMONT (SUEZ). W pozostałym zakresie to jest robót konstrukcyjno — budowlanych oraz sanitarnych, bezpośrednim wykonawcą ma być BUDIMEX.

Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny że BUDIMEX może korzystać z zasobów SUEZ, podczas gdy ani z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, ani z treści wyjaśnień

złożonych przez BUDIMEX w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie wynika, że SUEZ wykonał roboty budowlane konieczne dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia o którym mowa w punkcie 5.1.1.2 lit. b) SIWZ. Zamawiający zaniechał czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających wiedzę i doświadczenie BUDIMEX, czym naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 a ust 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego treść przedłożonych wyjaśnień powinna zostać uznana przez Zamawiającego za dowód niewykazania przez BUDIMEX spełniania warunków wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zwracał uwagę na fakt, w treści wyjaśnień ani razu nie padło sformułowanie, że SUEZ (DEGREMONT) wykonał łącznie roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne obejmujące proces hydrolizy osadu ściekowego, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem.

Oświadczenie, że SUEZ (DEGREMONT) wykonał prace projektowe i budowlane w udziale przypadającym na tego wykonawcę: 50% stanowi ogólnikowe wskazanie zakresu tych prac. Tym bardziej, że za najistotniejsze i kluczowe BUDIMEX uznał dostawy technologii. Pomimo że w treści referencji zostały wymienione z nazwy obiekty i technologie w nich zastosowane, BUDIMEX nie wskazał żadnych innych niż tylko hydroliza osadów ściekowych. Z kolei oświadczenie że w zakres prac wchodziło opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego, dostarczenie urządzeń, wykonanie prac montażowych oraz udział w pracach rozruchowych świadczy o częściowym udziale w realizacji robót. Udział taki w żadnym przypadku nie może być uznany za potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Za całkowicie nieuprawnione należy uznać obniżanie istotności robót konstrukcyjno-budowlanych. Ich możliwy zakres został wymieniony w wyliczeniu zaprezentowanym w odwołaniu.

Odwołujący podnosił, że BUDIMEX nie wykazał spełniana warunku dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów w przedmiotowym zakresie czym naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 w związku z art. 22a ust 2. ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp. Budimex wskazał dysponowanie osobami: Ekspert nr 3 Projektant technolog: pani E. K., Ekspert 11 Kierownik robót w zakresie automatyki: pan T. C., Ekspert nr 4 Projektant Konstruktor: pani E. C., Ekspert nr 5 Projektant Branży elektrycznej: pan K. M., Ekspert nr 7 Projektant instalacji sanitarnych: pani E. K.. W kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania osobami" wskazano: „Dysponuję wskazaną osobą na podstawie umowy pośredniej.* Przedstawiam pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wskazanej osoby w rozumieniu art. 22a a ust. 2 ustawy pzp."

Ani w treści oferty, ani wraz z dokumentami złożonymi w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, nie znalazło się żadne zobowiązanie podmiotu trzeciego, który by takie zasoby osób zdolnych do realizacji zamówienia przekazywało. Znajdujące się w treści złożonych wraz z ofertą BUDIMEX zobowiązań BIPROWOD oraz DP System, oświadczenia o zakresie przekazywanych zasobów, nie zawierają informacji o treści pozwalającej na stwierdzenie udostępnienia tych konkretnych osób.

Odwołujący twierdził również, że w treści załączonej do oferty BUDIMEX, informacji odpowiadającej odpisowi z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w dziale 2 , Rubryka 2 Organ nadzoru, Podrubryka 1 „Dane osób wchodzących w skład organu", w punkcie 7 figuruje pan A. D. L. J. R. D. V.. W złożonych dokumentach, BUDIMEX nie przekazał wymaganych prawem i SIWZ informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp (z zastrzeżeniem treści art. 133 ust. 4 ustawy Pzp) oraz odnośnie skazania za wykroczenie na karę aresztu, w zakresie określonym przez Zamawiającego w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert w odniesieniu do członka organu nadzorczego BUDIMEX, pana A. D. L. J. R. D. V.

II. Zarzuty i żądania odwołania - odwołanie o sygn. KIO 1354/19

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WTE Wassertechnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz WTE Wassertechnik GmbH z siedzibą w Essen (Niemcy), zwany dalej „WTE", wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 pzp w związku z prowadzeniem postępowania z naruszeniem zasady równości wykonawców i zasady uczciwej konkurencji, gdyż zaniechano weryfikacji co do tego, czy treść oferty Budimex i treść oferty Inżynieria-Eneris jest zgodna z SIWZ ewentualnie, jeżeli weryfikacja została przeprowadzona, weryfikację tę i to w odniesieniu do ww. ofert przeprowadzono nienależycie.

2. art. 89 ust. 1 pkt 2) pzp poprzez jego niezastosowanie i:

a) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Budimex pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ i

b) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Inżynieria-Eneris pomimo, iż oferta ta jest niezgodna z treścią SIWZ

3. art. 91 ust. 1 pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie i dokonanie wyboru oferty Budimex niezgodnie z treścią SIWZ i pomimo istnienia ustawowych przesłanek odrzucenia oferty Budimex.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert; odrzucenia oferty złożonej przez Budimex; odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Inżynieria-Eneris; dokonania czynności ponownej oceny ofert bez udziału oferty Budimexu i Konsorcjum Inżynieria-Eneris; dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego oferty wykonawców winny zawierać oświadczenia dotyczące Gwarancji Procesowych, co wynika z pkt 10 SIWZ. Ani Inżynieria-Eneris ani Budimex nie wskazał w swojej ofercie Gwarancji Procesowych, choć było to wymagane, a zatem treść ofert nie jest zgodna z wymaganiami zawartymi w pkt 14.3.6., 14.3.7 i 14.3.8 PFU, a zatem winny zostać odrzucone na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący podkreślał, że w pkt 14.3 PFU wymagano, by w ofercie wskazano m.in.: gwarantowany stopień redukcji substancji organicznej w procesie beztlenowej stabilizacji osadu, gwarantowaną ilość biogazu w przeliczeniu na 1 RLM, która będzie powstawała w procesie fermentacji w warunkach ładunków projektowych, zawartość siarkowodoru w biogazie < 50 ppm H2S w m^3, wilgotność biogazu na wejściu do agregatów kogeneracyjnych < 60%, temperaturę biogazu na wejściu do agregatów kogeneracyjnych > 10 st. C, zawartość siloksanów w biogazie (mniejszą niż 20 mg w m^3) i gwarantowaną suchą masę w osadzie odwodnionym. Jednocześnie SIWZ w pkt 10 IDW (10.2.) wymagała, iż do oferty należy załączyć oświadczenia, co do których wskazane jest w SIWZ, że należy je załączyć do oferty i złożyć wraz z wymaganymi załącznikami. W konsekwencji brak oświadczeń wymaganych zgodnie z pkt 14.3.6., 14.3.7 i 14.3.8 PFU skutkuje tym, iż treść ofert nie odpowiada treści SIWZ, a zatem zachodzą przesłanki wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Odwołujący wskazywał, że Gwarancje Procesowe są niczym innym jak cechami, które ma osiągnąć zaoferowane rozwiązanie techniczno-technologiczne. Parametry te stanowią o jakości oferowanego rozwiązania. Parametry, które każdy wykonawca miał obowiązek wskazać w swojej ofercie są wzajemnie powiązane i zależne od efektywności procesu hydrolizy osadu. SIWZ nie wymagała, by w ofercie wskazywano dostawców technologii m.in. w zakresie procesu hydrolizy. Jednak Zamawiający mógłby ocenić proponowane rozwiązania, gdyby dysponował parametrami - Gwarancjami Procesowymi - wymaganymi w PFU. Parametry te wynikają z zastosowanej technologii procesu hydrolizy i dotyczą: efektywności procesu beztlenowej stabilizacji osadu; ilości wytworzonego w procesie beztlenowej stabilizacji osadu biogazu; zawartości suchej masy w przefermentowanym - po hydrolizie - osadzie odwodnionym. I

Zdaniem Odwołującego Gwarancje Procesowe mają istotne znaczenie dla ustalenia zobowiązania wykonawców co do jakości (parametrów) oferowanego rozwiązania i co za tym idzie treści zobowiązania. Gwarancje Procesowe, które należało wskazać w ofercie pozwalają na weryfikację realności deklarowanych parametrów bez dokonywania dodatkowych analiz. Dlatego brak wskazania wymaganych Gwarancji Procesowych stanowi o wadliwej treści oferty, co stanowi niezgodność z SIWZ.

Zamawiający wymagał przedstawienia trzech parametrów stanowiących kryterium oceny ofert. Były to: Elastyczność procesu hydrolizy, Instalacja do usuwania azotu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych, Instalacja do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych. Parametr Elastyczność procesu hydrolizy - zawartość suchej masy w osadzie poddawanym hydrolizie nie informuje o efektach i sprawności funkcjonowania tego „urządzenia". Zawartość suchej masy, o której mowa w SIWZ to „wsad" (osad, który będzie hydrolizowany) do „urządzenia", czyli czy można do niego podać osad odwodniony do 25% zawartości suchej masy czy też produkt ten musi być o innych parametrach. Przykładowo Inżynieria-Eneris podała wartość 23% - oznacza to, iż zaoferowana instalacja nie może pracować, jeżeli osad będzie gęstszy. Informacje o efektywności i sprawności Zamawiający mógł uzyskać jedynie z wymaganych Gwarancji Procesowych i to dlatego Zamawiający wymagał zawarcia w ofercie gwarancji efektywności procesu beztlenowej stabilizacji osadu, ilości powstającego w procesie fermentacji, ilości biogazu i gwarantowaną ilość suchej masy w osadzie odwodnionym.

Skoro treść oferty musi odpowiadać SIWZ, a zakres świadczenia wykonawcy

wynikający z zawartej umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, to jeżeli w ofercie nie wskazano choćby jednego parametru wykonawca nie musi go uzyskać w toku realizacji zamówienia. Tym samym, skoro Odwołujący jako jedyny wskazał w swojej ofercie Gwarancje Procesowe, to tylko on byłby zobowiązany do realizacji zamówienia w taki sposób by parametry te osiągnąć. Sytuacja taka zaburza i wyrażoną w art. 7 pzp zasadę równość wykonawców.

Przedstawione wyżej informacje potwierdzają według Odwołującego konieczność odrzucenia oferty Budimex i oferty Inżynieria-Eneris, gdyż treść tych ofert jest niezgodna z treścią SIWZ. Oferty są wadliwe, niezgodne z SIWZ. Jednocześnie wskazana w odwołaniu niezgodność treści ofert z SIWZ nie może być usunięta. Sanowanie ofert wymagałoby zmodyfikowania treści złożonego oświadczenia woli. W konsekwencji byłyby to niedopuszczalne negocjacje, które musiałyby skutkować modyfikacją oferty. Praktyka ta jest zakazana przez art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy. Brak oświadczeń w zakresie oferowanych parametrów nie może być usunięty poprzez zastosowanie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż brakujące oświadczenia odnoszą się do oferowanych parametrów, a parametry te nie dotyczą wymagań przedmiotowych ani tym bardziej podmiotowych.

III. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 1350/19

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Odnośnie nieprawidłowego przyznania punktów w ramach kryterium nr 3 - doświadczenie projektanta technologa - eksperta nr 3 Zamawiający wskazał, że Budimex został wezwany pismem z dnia 28 marca 2019 r. do uzupełnienia zobowiązania, z którego będzie wynikać, który podmiot udostępnia p. E. K. — Eksperta nr 3. W odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 1 kwietnia 2019 r. przedstawiono zobowiązanie Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod-Warszawa" Sp. z o. o. z którego wynika, że podmiot ten udostępnił zasoby w zakresie zdolności zawodowej, m.in. w postaci doświadczenia na stanowisku Eksperta nr 3 — Projektanta technologa p. E. K.. Zamawiający podnosił, iż zgodnie z pkt 10.2 IDW Zamawiający w sposób jednoznaczny odróżnił dokument „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia" służący do uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 lub 13.1.4 IDW od zobowiązania podmiotu trzeciego składanego wraz z ofertą. Zamawiający określił wprost, że jedynie „Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia", w związku z tym, że służy do uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 lub 13.1.4 IDW nie będzie podlegał uzupełnieniu w trybie właściwym dla dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania dysponowania przez Budimex osobami Zamawiający wskazał, że wykonawca w odpowiedzi na wspomniane uprzednio wezwanie z dnia 28 marca 2019 r. do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnił zobowiązanie Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod-Warszawa" Sp. z o. o. z którego wynika, że podmiot ten udostępnił zasoby w zakresie zdolności zawodowej m. in. w postaci doświadczenia na stanowiskach: Eksperta nr 3 — Projektanta technologa p. E.K., Ekspert nr 4 Projektant Konstruktor: p. E. C. Ekspert nr 5 Projektant Branży elektrycznej: p. K.M., Ekspert nr 7 Projektant instalacji sanitarnych: p. E.K.. Z kolei w treści zobowiązania DP System wskazano, że podmiot ten użycza Eksperta nr 11 — kierownika robót w zakresie automatyki zgodnie z wymaganiami IDW pkt 5.1.1.3 k).

W odniesieniu do zarzutu, że treść zobowiązania SUEZ nie odpowiada wymaganiom, określonym w punkcie 6.3 ppkt 3 SIWZ, w ocenie Zamawiającego, Budimex udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami SUEZ. Z treści zobowiązania SUEZ wynika jaki zasób zostaje udostępniony oraz zakres realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązuje się ten podmiot odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów. Zobowiązanie zawiera wszystkie niezbędne elementy wymagane w pkt 6.3 ppkt 3 SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez Budimex spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia Zamawiający wskazał, że całościowa analiza wyjaśnień Budimex prowadzi do wniosku, że SUEZ brał czynny, realny udział w realizacji zasadniczej części zadania, na które się powołuje. Wyjaśnił bowiem, że „w ramach wspólnej realizacji przedsięwzięcia na zasadzie Joint Venture, użyczający BUDIMEX doświadczenia — SUEZ TREATMENT SOLUTIONS (dawniej DEGREMONT S.A.U.) wykonał prace projektowe i budowlane związane z ww. kontraktem w udziale przypadającym na tego wykonawcę: 50%". W dalszej części wyjaśniono, że SUEZ jako dostawca technologii bezpośrednio wykonywał kluczowy zakres prac w ramach inwestycji, w tym obiekty gospodarki osadowej, w szczególności linię hydrolizy termicznej. BUDIMEX oświadczył też, że SUEZ wykonał roboty we wszystkich branżach wymienionych w ramach treści warunku udziału w postępowaniu. SUEZ koordynował działania podmiotów wchodzących w skład Joint Venture, a kierownikiem budowy dla całego kontraktu odpowiedzialnym za koordynację i nadzorowanie wszystkich elementów inwestycji był kierownik budowy oddelegowany przez SUEZ. Ponadto

SUEZ poprzez pełnienie zasadniczych funkcji oraz przeważający udział w ramach spółki Joint Venture, nabył szeroką i niezbędną na potrzeby prowadzonego postępowania wiedzę i doświadczenie. Wykonawca ten był zaangażowany od początku inwestycji tj. od momentu jej projektowania, poprzez wykonanie aż po odbiór końcowy, zwieńczający wykonanie wszelkich prac budowlano-montażowych i rozruchowych.

Odnosząc się do zarzutu niezłożenia informacji z KRK w stosunku do pana A. d. I. J. R. d. V. Zamawiający wskazał, że jak wynika z informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu Budimex pan A. d. I. J. R. d. V. został wykreślony z KRS jako członek organu nadzorczego spółki w dniu 28 lutego 2019 r. Z powyższego wynika, że w dniu składania ofert w KRS nastąpiła zmiana w tym zakresie i ta osoba przestała tam widnieć. Wpis danych członków rady nadzorczej ma charakter deklaratoryjny, co oznacza tylko potwierdzenie istniejącego stanu prawnego, który nastąpił wcześniej, tj. z chwilą powzięcia przez odpowiedni organ uchwały. Z powyższego wynika, że pan A. d. I. J. R. d. V. nie był członkiem rady nadzorczej w dniu składania ofert.

IV. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 1354/19

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami odwołania i wniósł o jego oddalenie w całości oraz zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący dokonał dowolnej nadinterpretacji postanowień SIWZ i załączników oraz nie dokonał oceny ofert pozostałych wykonawców w sposób całościowy. Zamawiający przywołując postanowienia pkt 10.1-10.4 IDW podnosił, iż nie żądał i nie wymienił wprost wśród załączników do oferty odrębnego załącznika w postaci „Gwarancji procesowych", potwierdzającego spełnianie wymagań z pkt 14.3 Tomu II PFU, Zamawiający nie przygotował też wzoru takiego załącznika.

Zamawiający podkreślał, że wszyscy trzej wykonawcy sporządzili ofertę na podstawie wzoru formularza ofertowego. Jedynie Odwołujący załączył do oferty zbędny dla oceny poprawności oferty dokument o nazwie „Oświadczenie o wymaganych gwarancjach procesowych zgodnie z PFU, Tom II, pkt 14.3 Gwarancje Procesowe". Z analizy tego dokumentu wynika, że Odwołujący sporządził go przekopiowując wprost do jego treści część zapisów zawartych w pkt 14.3.6, 14.3.7 i 14.3.8 dotyczących minimalnych wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie Efektywności procesu beztlenowej stabilizacji osadu, Jakości biogazu i Odwadniania osadu. Z treści tego dokumentu wynika więc, że Odwołujący potwierdził dodatkowo w tym dokumencie w stosunku do swojego oświadczenia złożonego w swojej ofercie, że zaoferował rozwiązanie oparte na minimalnych wymaganiach_określonych przez Zamawiającego w postanowieniach PFU Tom II. Sam Odwołujący w zakresie deklaracji dotyczącej suchej masy w osadzie odwodnionym — przekopiowując treść PFU - określił jedynie, że „Średnia arytmetyczna zawartość suchej masy w osadzie przefermentowanym odwodnionym z zastosowaniem procesu hydrolizy (po hydrolizie) będzie > 26%" nie wskazując konkretnej wartości liczbowej, tym samym nie dokonał żadnego dodatkowego oświadczenia.

W ocenie Zamawiającego, w świetle postanowień SIWZ oraz PFU, złożenie odrębnego załącznika do oferty w postaci oświadczenia o spełnianiu parametrów określonych w pkt 14.3.6, 14.3.7 i 14.3.8 nie było konieczne. Oświadczenia o spełnianiu tych parametrów zostały zawarte w przygotowanym przez Zamawiającego wzorze Formularza ofertowego, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, tj. w oświadczeniach w pkt I, II i IV od 1 do 4 ww. formularza.

Zamawiający celowo sformułował wzór formularza ofertowego w taki sposób, aby wykonawcy sporządzając ofertę w oparciu o ten wzór, zawarli w niej wszelkie oświadczenia wymagane przez Zamawiającego i potwierdzające wykonanie przedmiotu zamówienia i zaoferowanego świadczenia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ oraz jej załącznikach. Gdyby intencją Zamawiającego było wymaganie, aby każdy z wykonawców złożył wraz z ofertą „oświadczenie o Gwarancjach Procesowych", Zamawiający przygotowałby wzór takiego oświadczenia stanowiący kolejny załącznik do SIWZ albo dodałby odrębną treść w części formularza ofertowego zawierającą ww. oświadczenia. Zamawiający dokonując oceny ofert wszystkich wykonawców uznał, że złożony przez Odwołującego załącznik „Oświadczenie o wymaganych gwarancjach procesowych zgodnie z PFU, Tom II, pkt 14.3 Gwarancje Procesowe" stanowi dodatkowy, tj. niewymagany przez Zamawiającego, dokument złożony przez Odwołującego nadmiarowo.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący bezpodstawnie zarzuca zaniechanie odrzucenia ofert Budimex S.A. i Konsorcjum Inżynieria Eneris, ponieważ oba te podmioty oświadczyły w formularzu ofertowym, że oferują rozwiązanie spełniające wszystkie wymagania określone przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący, dokonując oceny ofert ww. wykonawców pominął ważne oświadczenia zawarte w ich ofertach. Podkreślenia wymaga, że w razie gdy Zamawiający odrzuciłby oferty ww. wykonawców z uwagi na okoliczności podnoszone przez Odwołującego w odwołaniu, dopuściłby się naruszenia przepisów Pzp, w tym w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, jest zobowiązany do całościowej oceny oferty zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 65 ustawy Kodeks cywilny

w związku z art. 14 ustawy Pzp.

W trakcie oceny ofert Zmawiający uznał, że wobec niewyszczególnienia przez wykonawców: BUDIMEX oraz Inżynieria Eneris wartości dla wymagań z pkt f), g) i h) z pkt 14.3 PFU, przy jednoczesnej deklaracji zawartej w Formularzu ofertowym o treści „Oświadczam, że oferuję wykonanie niniejszego zamówienia zgodnie z wymogami: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmianami...", wykonawcy oświadczyli, że zaoferowane przez nich rozwiązanie spełnia minimalne wartości wymagań z pkt f), g) i h) powyżej, określonych w PFU. Okoliczność, iż Odwołujący wyszczególnił w swojej ofercie wartości dla wymagań z pkt f), g) i h) powyżej, nie jest okolicznością wpływającą na ocenę ofert złożonych w postępowaniu, w szczególności w świetle tego, iż Odwołujący „przepisał" jedynie wartości minimalne zawarte w PFU, kopiując je wraz z towarzyszącymi im sformułowaniami typu: „Wykonawca ma obowiązek wyszczególnić. .." itd.

Zamawiający podkreślał, że Odwołujący poniekąd „upraszcza" znaczenie parametru uwzględnionego przez Zamawiającego w kryterium oceny ofert. Parametr ten nie jest bowiem jedynie „cechą urządzenia", jak wskazuje Odwołujący, ale ma znaczący wpływ na wielkość zastosowanej instalacji hydrolizy, a tym samym i jej energochłonność. Dodatkowo parametr ten z technicznego punktu widzenia nie wymaga przeprowadzenia żadnych prób, a jedynie wykonania badań laboratoryjnych w celu określenia zawartości suchej masy osadu, kierowanego do procesu hydrolizy po jego wstępnym odwodnieniu. Ponadto, Odwołujący w swojej ofercie dla ww. parametrów wskazał wartości minimalne, określone w PFU, a zatem w tym zakresie jego oferta nie rożni się od ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, dla których przyjęto spełnienie wymogów w wartościach minimalnych określonych jako obligatoryjne w PFU.

V. Stanowisko Przystępującego Budimex 1350/19

Przystępujący Budimex wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że twierdzenia Odwołującego i formułowane na ich podstawie zarzuty zmierzają w istocie do zmiany, przewidzianych w IDW, zasad punktacji. Stanowisko Odwołującego zmierza bowiem do tezy, że punkty miałyby być przyznawane nie na podstawie Opisu doświadczenia osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia (tak jak przewidział to Zamawiające), ale także dodatkowo na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego. Odwołujący pomija w szczególności, że w pkt 10.5 IDW Zamawiający wskazał m.in., że tylko Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia nie będzie podlegał uzupełnieniu. Wyłączenie możliwości uzupełnienia nie dotyczyło zobowiązania podmiotu trzeciego. Odnosząc się do wywodów Odwołującego dotyczących art. 87 ustawy PZP należy wskazać, że w ofercie Przystępującego podano szczegółowe informacje na temat doświadczenia p. E. K. .

Twierdzenie Odwołującego, jakoby w zobowiązaniu SUEZ nie wskazano zasobów, na które powołuje się Przystępujący, lecz „jedynie wskazano na numer porządkowy zapisu SIWZ", pozostaje w sprzeczności z treścią zobowiązania, z którego wyraźnie wynika, że udostępnianym zasobem jest wiedza i doświadczenie w zakresie niezbędnym dla realizacji zamówienia pn. Zadanie 11.2. Modernizacja oczyszczalni ścieków Południe w zakresie gospodarki ściekowej i osadowej". Przewidziana w zobowiązaniu forma udziału (podwykonawstwo) jak i zakres udziału podmiotu trzeciego potwierdza realność udostępnienia zasobu zdolności technicznych firmy SUEZ. Odwołujący w sposób wybiórczy odnosi się do treści zobowiązania SUEZ, pomijając że wskazany w tym dokumencie zakres udziału jest bardzo szeroki i gwarantuje udział podmiotu trzeciego w całości realizacji przedmiotu zamówienia, w tym łącznie we wszystkich branżach przewidzianych w warunku udziału w Postępowaniu w pkt 5.1.1.2. lit. b) IDW.

Dalej, Odwołujący nie kwestionuje samego faktu, że referencyjna realizacja odpowiada warunkowi doświadczenia zastrzeżonemu w postępowaniu. Argumentacja sprowadza się do niczym niepopartej tezy jakoby SUE,Z będący kluczowym członkiem spółki joint venture, odpowiedzialnym za realizację inwestycji nie mógł powołać się na doświadczenie nabyte w trakcie jej realizacji. Zgodnie z umową konsorcjum zintegrowanego (JV) udział w prawach i obowiązkach SUEZ (wcześniejsza nazwa: DEGREMONT S.A.U) wynosił 50%. Z uwagi na szczególny charakter współpracy w ramach konsorcjum zintegrowanego (joint venture) SUEZ nie tylko wykonywał w sposób bezpośredni część robót i instalacji ale również brał udział w realizacji całości inwestycji. Wynika to ze specyfiki konsorcjum zintegrowanego i przyjętego modelu współpracy, który zakładał jednomyślność w podejmowaniu decyzji. Ponadto, SUEZ, poprzez swojego przedstawiciela, bezpośrednio kierował robotami budowlanymi w trakcie całej inwestycji.

Budimex wskazywał, że informacje zawarte w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod-Warszawa" Sp. z o.o. oraz DP System sp. z o.o. w zestawieniu z danymi pochodzącymi z wykazu osób złożonego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednoznacznie potwierdzają dysponowanie przez Budimex osobami posiadającymi wymagane uprawnienia. Informacje

przedstawione w dokumentach podmiotów trzecich w sposób niebudzący wątpliwości potwierdzają spełnienie przez Budimex warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie dotyczącym korzystania z zasobów podmiotów trzecich nie znajduje podstaw w stanie faktycznym.

Odwołujący podnosił także, że pan A. d. l. J. R. d. V. w związku z rezygnacją w grudniu 2018 r. z funkcji członka Rady Nadzorczej Budimex według stanu na dzień składania ofert, nie był urzędującym członkiem organu nadzorczego Budimex. Wniosek o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców w zakresie dotyczącym zmiany informacji zawartych w dziale 2 rozdziale 2 Krajowego Rejestru Sądowego został złożony w dniu 22 lutego 2019 r. do Sądu Rejonowego dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydziału Gospodarczego Krajowego Rejestru Sądowego. Wpis w przedmiotowym zakresie został dokonany z dniem 28 lutego 2019 r., co wynika z informacji odpowiadającej pełnemu odpisowi z rejestru przedsiębiorców Budimex.

VI. Stanowisko Przystępującego Budimex 1354/19

Przystępujący Budimex wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że wbrew twierdzeniom Odwołującego wszystkie Gwarancje procesowe, o których mowa w pkt 14.3.6, 14.3.7. i 14.3.8 PFU (Tom II) zostały potwierdzone przez Budimex w złożonej ofercie. Równoważną, do zastosowanej przez Odwołującego formuły potwierdzenia Gwarancji procesowych - sprowadzającej się do przekopiowania przez Odwołującego pkt 14.3.6., 14.3.7 i 14.3.8 PFU, Tom II i złożenie tego jako odrębnego załącznika - było złożenie oświadczenia zawartego w pkt IV.4 Formularza oferty.

Wobec braku tych pozycji w formularzu ofertowym obowiązek ich wyszczególnienia poprzez ich określenie należało rozumieć tak, że w sytuacji gwarantowania realizacji zamówienia w sposób zgodny z SIWZ wystarczające było złożenie oświadczenia potwierdzającego akceptację postanowień SIWZ i realizację zamówienia zgodnie z jego postanowieniami. Ewentualny obowiązek określenia parametrów w odrębnym załączniku, jak podnosi to Odwołujący, dotyczyć mógł jedynie przypadku oferowania przez danego wykonawcę parametrów przekraczających minimum wymagane przez Zamawiającego, czego zresztą żaden z wykonawców, w tym Odwołujący, nie zaoferował, gdyż nie było to objęte kryteriami oceny ofert.

Zarzuty Odwołującego sprowadzają się do tego, że Budimex - inaczej niż Odwołujący - nie zdublował oświadczenia o zapewnieniu Gwarancji procesowych na wymaganym przez Zamawiającego minimum. Brak owego zdublowania nie oznacza jednak, wbrew temu co twierdzi Odwołujący, że Przystępujący tych Gwarancji procesowych nie zaoferował Zamawiającemu. Gwarancje procesowe nie były badane w kryteriach oceny ofert. Co więcej, nie mogły być weryfikowane na etapie oceny ofert. Stanowiły one deklaracje/zobowiązanie do zachowania określonego minimum parametrów, które zgodnie z pkt 14.3 PFU Tom II „będą wykazywane (weryfikowane) przez Wykonawcę i Zamawiającego (wg podziału kompetencji) w czasie Ruchu Próbnego Robót, w okresie do wydania Świadectwa Wykonania oraz mogą być weryfikowane przez Zamawiającego, po wcześniejszym powiadomieniu Wykonawcy, w okresie gwarancji.”

Odwołujący i Przystępujący otrzymali taką samą (maksymalną) liczbę punktów (zaoferowano identyczne parametry). Odwołujący nie zakwestionował przyznanej Przystępującemu liczby punktów w kryterium nr 5 - Parametry techniczne.

Skoro Przystępujący zaoferował przedmiot świadczenia zgodny z wymaganiami PFU to oczywistym jest, że zobowiązał się do zapewnienia wymaganych Gwarancji procesowych i zobowiązał się do uzyskania w toku realizacji zamówienia parametrów z pkt 14.3.6, 14.3.7 i 14.3.8. PFU Odwołujący pomija przy tym, że w Części 11.1. pkt 2 Kontraktu zdefiniowano hierarchię dokumentów.

Skoro więc z PFU wynika obowiązek zapewnienia Gwarancji procesowych na poziomie wskazanym przez Zamawiającego, a Przystępujący wymogi tego PFU przyjął na siebie, to twierdzenie Odwołującego jakoby Budimex nie był zobowiązany do realizacji zamówienia w taki sposób, by parametry te osiągnąć, jest całkowicie bezpodstawne.

Z daleko idącej ostrożności Przystępujący Budimex stwierdzał, że nie zachodzi brak możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tego rodzaju twierdzenia, w kontekście żądania odrzucenia oferty Przystępującego bez przeprowadzenia procedury wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący mógłby podnosić gdyby Przystępujący oświadczył w ofercie, że nie zapewni wymaganego minimum Gwarancji procesowych. Tego rodzaju oświadczenia Przystępujący nie złożył. Przeciwnie złożenie oferty na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami PFU, musi być rozumiane m.in. w kontekście art. 65 § 1 Kc w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, jako złożenie oświadczenia woli obejmującego zaciągnięcie przez Budimex

zobowiązania do zapewnienia Gwarancji procesowych wskazanych w PFU.

VII. Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało ich do złożenia odwołania.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, pytań i odpowiedzi udzielanych przez Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert złożonych przez wykonawców, wezwań i wyjaśnień Budimex, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi Zamawiającego na odwołania, pismach procesowych złożonych przez Przystępującego Budimex, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 lipca 2019 r.

Izba nie dopuściła i nie przeprowadziła wnioskowanego przez Odwołującego Inżynieria Eneris w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1350/19 dowodu z dokumentów dotyczących

innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba uznała, że dowód ten nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, gdyż dotyczy danych, które nie są przedmiotem oceny w toku niniejszego postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie o sygn. akt KIO 1350/19 zasługuje na oddalenie, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 1354/19 zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie o sygn. KIO 1350/19

Izba ustaliła, że Zamawiający określił w pkt 10.1 - 10.5 IDW wymagania dotyczące sporządzenia oferty:

10.1. Każdy Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę.

10.2. Treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Oferta powinna być sporządzona na formularzu ofertowym zgodnym w treści z formularzem Oferty przetargowej, stanowiącym załącznik nr 1 do IDW, Część I SIWZ.

10.3. Ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej. Zamawiający nie wyraża zgody na złożenie oferty w postaci elektronicznej.

10.4. Do oferty należy załączyć następujące dokumenty:

a) Dokumenty, o których mowa w pkt 6.5 IDW;

b) Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (jeżeli dotyczy - zgodnie z pkt 10.5 IDW), zgodnie z Załącznikiem nr 4 do IDW

c) Inne oświadczenia i dokumenty, co do których wskazane jest w SIWZ, że należy je załączyć do oferty.

10.5. Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia należy złożyć w przypadku, gdy osoba/osoby wyznaczona/wyznaczone przez Wykonawcę do realizacji przedmiotowego zamówienia posiada/posiadają większe doświadczenie ponad wymagane minimum określone odpowiednio w pkt: 5.1.1.3 c), 5.1.1.3 f) IDW.

Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia składany jest (zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do IDW) wyłącznie w celu przyznania ewentualnych dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.2, 13.1.3 IDW.

W celu uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3, 13.1.4, IDW Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia

powinien zawierać wymagane minimum określone odpowiednio w pkt: 5.1.1.3 c), 5.1.1.3 f) IDW oraz punktowane doświadczenie dodatkowe.

Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia, w związku z tym, że służy do uzyskania dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 lub 13.1.4 IDW nie będzie podlegał uzupełnieniu w trybie właściwym dla dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W sytuacji gdy na podstawie Opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia Wykonawca uzyska dodatkowe punkty zgodnie z pkt 13.1.3 lub 13.1.4 IDW to Zamawiający uzna jednocześnie, że Wykonawca spełnia wymagania określone odpowiednio w pkt: 5.1.1.3 c) lub 5.1.1.3 f) IDW w zakresie dotyczącym odpowiednio osób wyznaczonych do pełnienia opisanych w tych punktach funkcji. Złożenie przez Wykonawcę Opisu osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia i uzyskanie dodatkowych punktów powoduje, że w wykazie osób o którym stanowi pkt 6.1.4 IDW Wykonawca nie wypełnia już opisu doświadczenia osoby skierowanej przez Wykonawcę do pełnienia danej funkcji, ponieważ wiąże go Opis doświadczenia danej osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do realizacji zamówienia złożony zgodnie z treścią Załącznika nr 4 do IDW, za której doświadczenie uzyskał dodatkowe punkty.

W sytuacji gdy na podstawie Opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez

Wykonawcę do realizacji zamówienia Wykonawca nie uzyska dla danej osoby

dodatkowych punktów zgodnie z pkt 13.1.3 lub 13.1.4 IDW, Wykonawca ten

zobowiązany jest do złożenia wykazu osób zgodnie z pkt 6.1.4 IDW uwzgledniającego

tę osobę, jeżeli zostanie do tego wezwany przez Zamawiającego. Jeżeli Wykonawca w

ogóle nie złoży Opisu doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia zobowiązany jest, na wezwanie Zamawiającego, do złożenia pełnego wykazu osób (6.1.4 IDW).

W związku z powyższym jeżeli osoba wyznaczona przez Wykonawcę do pełnienia jednej z punktowanych funkcji nie posiada większego doświadczenia ponad wymagane minimum określone odpowiednio w pkt: 5.1.1.3 c) lub 5.1.1.3 f) IDW, Wykonawca nie załącza do oferty Opisu doświadczenia w zakresie dotyczącym tej osoby (jeżeli żadna z osób nie posiada większego doświadczenia ponad wymagane minimum Wykonawca w ogóle nie załącza tego dokumentu).

Przystępujący Budimex złożył wymagany Załącznik nr 4 do IDW i zawarł w jego treści opis doświadczenia dla funkcji Projektant technolog - Ekspert nr 3 (kolumna piąta „Opis doświadczenia, tj. dane zgodne z 5.1.1.3 ppkt c) IDW w związku z pkt 13.1. ppkt 3 IDW"), wskazując panią E.K. W kolumnie „Informacja o podstawie dysponowania osobami" podano: „Dysponuję wskazaną osobą na podstawie umowy pośredniej.* Przedstawiam pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wskazanej osoby w rozumieniu art. 22a a ust. 2 ustawy pzp." Do oferty zostały załączone zobowiązania podmiotów trzecich, z których nie wynikało, który podmiot udostępnia ww. osobę. Jednym z zobowiązań załączonych do oferty było zobowiązanie z dnia 19.12.2018 r. Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod-Warszawa" Sp. z o. o. do oddania do dyspozycji Budimex posiadanych zasobów w postaci zdolności technicznych oraz zdolności zawodowych niezbędnych do realizacji projektu na okres postępowania przetargowego oraz na cały okres ww. realizacji. Jednocześnie spółka zobowiązała się do podpisania z Budimex umowy podwykonawczej w

zakresie projektowania.

Zamawiający pismem z dnia 28 marca 2019 r. wezwał Budimex do uzupełnienia zobowiązania, z którego będzie wynikać, który podmiot udostępnia p. E.K. — Eksperta nr 3. W odpowiedzi na ww. wezwanie w dniu 1 kwietnia 2019 r. przedstawiono zobowiązanie Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod-Warszawa" Sp. z o. o. z którego wynika, że podmiot ten udostępnił zasoby w zakresie zdolności zawodowej w postaci doświadczenia na stanowisku Eksperta nr 3 — Projektanta technologa p. E.K.. Równocześnie uzupełnione oświadczenie zawiera stwierdzenie, że „treść niniejszego zobowiązania pozostawała aktualna na dzień 19.12.2018 r."

Istota sporu sprowadzała się wpierw do twierdzenia Odwołującego jakoby Przystępujący nie wykazał dysponowania osobą na stanowisku eksperta nr 3, a wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających takie dysponowanie jest niemożliwe po upływie terminu do składnia ofert, bowiem stanowi czynność dotyczącą treści oferty. Następnie Odwołujący, po zapoznaniu się dopiero na rozprawie z pismem Zamawiającego z dnia 28 marca 2019 r. oraz odpowiedzią Budimexz dnia 1 kwietnia 2019 r., zmodyfikował swoją argumentację, twierdząc, iż oświadczenie woli w postaci zobowiązania przedłożonego w dniu 1 kwietnia 2019 r. nie może działać na dzień 19.12.2018 r., zatem nie może wywoływać skutku w zakresie uzyskania punktów w ramach kryterium oceny ofert.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Po pierwsze, zgodnie z postanowieniami SIWZ, tj. pkt 10.5 IDW jedynie dokument pod nazwą Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia nie podlegał uzupełnieniu. Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 marca 2019 r. ani nie uzupełnił ww. dokumentu, ani nie zmienił informacji podanych w tymże dokumencie, a jedynie złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego. Po drugie, należy zgodzić się z Przystępującym, że wyłączenie możliwości uzupełnienia nie dotyczyło zobowiązania podmiotu trzeciego. Tego rodzaju wyłączenie byłoby niedopuszczalne na podstawie przepisów ustawy Pzp. Nadto, Przystępujący złożył już z ofertą zobowiązanie Biura Projektów Gospodarki Wodnej i Ściekowej „Biprowod-Warszawa" Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów, a oświadczeniem spółki z dnia 29 marca 2019 r. jedynie je uzupełnił. Sformułowanie, iż treść zobowiązania pozostawała aktualna na dzień 19.12.2018 r. wskazuje na skuteczne udostępnienie zasobów w postaci doświadczenia pani E. K. .

W toku postępowania odwoławczego to Odwołujący jest „stroną ofensywną" i jako propagator zaskarżenia przedstawia argumenty, przemawiające za uznaniem czynności Zamawiającego jako niezgodnej z prawem i obowiązany jest niezgodność tę udowodnić. Zgodnie z regułą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania Izby dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku lub jego nieskuteczności, którymi jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania. (vide: wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 9/18). Powyższa argumentacja znajduje również zastosowanie wobec zarzutu niedysponowania zasobami w postaci doświadczenia pani E. K. w terminie składania ofert. Odwołujący w tym zakresie nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego formułowaną przez siebie tezę.

Izba uznała również za bezzasadny zarzut dotyczący zobowiązania SUEZ. Odwołujący twierdził jakoby w zobowiązaniu SUEZ nie wskazano zasobów, na które powołuje się Przystępujący, a jedynie podano numer porządkowy z postanowień SIWZ. Odwołujący kwestionował również realność udostępnienia. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Zobowiązanie z dnia 25 lutego 2019 r. zawiera stwierdzenie, iż udostępnionym zasobem będzie „wiedza i doświadczenie w zakresie niezbędnym do realizacji Projektu". Zresztą sam Odwołujący w odwołaniu identyfikuje udostępniany zasób poprzez wskazanie przykładowo, że treść oświadczenia SUEZ „nie stwarza możliwości wykorzystania przekazywanych wiedzy i doświadczenia w zakresie objętym warunkiem udziału w postępowaniu".

Przedłożone zobowiązanie nie ma również charakteru blankietowego. Z jego treści można wyczytać jakiego postępowania dotyczy, o jakim numerze oraz zawiera oświadczenie, iż działając w imieniu Suez Treatment Solutions SA. U z siedzibą w Bilbao, adres: 19 Ibarrekolanda, 48015 Bilbao, zobowiązujemy się, w przypadku udzielenia Wykonawcy (działającego samodzielnie lub łącznie z innymi wykonawcami) zamówienia na realizację Projektu, do oddania do dyspozycji Wykonawcy posiadanych przez Suez Treatment Solutions

S.A.U zasobów w postaci wiedzy i posiadanego doświadczenia, niezbędnych do realizacji Projektu (Przedmiotu Zamówienia/Przedmiotu Kontraktu) na okres postępowania przetargowego oraz na cały okres ww. realizacji, w zakresie wykonania roboty budowlanej zgodnej z wymaganiami IDW pkt. 5. I. 1,2b).

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że w niniejszym stanie faktycznym nie ma konieczności kopiowania do treści zobowiązania brzmienia całego warunku udziału w postępowaniu.

Zawarcie odesłania będzie wystarczające, jeżeli można zidentyfikować postępowanie, którego dotyczy. Poprzez odesłanie do wymagań określonych w pkt 5.1.1.2b IDW został określony zakres zasobów, tj. wykonanie roboty budowlanej zgodnej z wymaganiami pkt 5.1.1.2b IDW, czyli roboty budowlanej polegającej na wykonaniu (budowie lub rozbudowie lub przebudowie lub modernizacji) oczyszczalni ścieków o przepustowości nie mniejszej niż 100 000 RLM, w zakresie której wykonano łącznie roboty konstrukcyjno-budowlane, technologiczne, sanitarne, elektryczne oraz AKPiA wraz z rozruchem oraz w zakresie której zastosowano proces hydrolizy osadu ściekowego. Dodatkowo, w pkt 2 zobowiązania został przewidziany sposób udziału, tj. podwykonawstwo, co w ocenie Izby potwierdza realność udostępnienia.

Jak słusznie zauważył Przystępujący, Odwołujący pomija stwierdzenie zawarte w zobowiązaniu SUEZ, że SUEZ zobowiązał się dodatkowo do kontroli jakości i zarządzania przy realizacji zamówienia. Kontrolę tę należy odnosić do zakresu przewidzianego przez Zamawiającego w PFU, gdzie zgodnie z pkt 1.7.2 PFU celem kontroli Robót będzie takie sterowanie ich przygotowaniem i wykonaniem, aby osiągnąć założoną jakość Robót. Wykonawca jest odpowiedzialny za pełną kontrolę Robót i jakości materiałów. Kontrola ta niewątpliwie stanowi dodatkową formę czynnego udziału w przygotowaniu oraz wykonywaniu robót celem osiągnięcia wymaganej jakości.

Izba uznała również za bezzasadny zarzut sprowadzający się do twierdzenia, że spółka SUEZ nie mogła udostępnić wykonawcy Budimex doświadczenia wymaganego w postępowaniu, ponieważ sama go nie nabyła realizując inwestycję na budowę oczyszczalni ścieków w Ourense w ramach spółki joint venture.

Izba ustaliła, że w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp Budimex, pismem z dnia 15 maja 2019 r., przedłożył m.in. wykaz robót budowlanych, gdzie wskazał robotę budowlaną pod nazwą: „Poprawa oczyszczania ścieków w Ourense: oczyszczalnia ścieków w Ourense". Jako wykonawcę inwestycji wskazał następujące podmioty: DEGREMONT S.A.U (SUEZ TREATMENT SOLUTIONS S.A.U), S.A. DE OBRAYY SERVICIOS, COMPASA, PASSAVANT ESPANA S.A. Do wykazu zostały załączone referencje, z których wynika, że udział DEGREMONT wyniósł 50 %.

Zamawiający pismem z dnia 12 czerwca 2019 r. wezwał BUDIMEX do wyjaśnienia jaki zakres robót był realizowany przez DEGREMONT. W wyznaczonym terminie BUDIMEX złożył wyjaśnienia wskazując, że SUEZ (DEGREMONT) wykonał prace projektowe i budowlane związane z ww. kontraktem w udziale przypadającym na tego wykonawcę: 50% . SUEZ (DEGREMONT) jako dostawca technologii bezpośrednio wykonywał kluczowy zakres prac w ramach inwestycji, w tym obiekty gospodarki osadowej, w szczególności linię hydrolizy termicznej. W zakres prac wchodziło opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego, dostarczenie urządzeń, wykonanie prac montażowych oraz udział w pracach rozruchowych. Instalacja hydrolizy termicznej składa się z co najmniej kilku instalacji pomocniczych (inst. osadu, inst. czynnika grzewczego, inst. elektrycznych i AKPiA) co oznacza że SUEZ (DEGREMONT) wykonał roboty we wszystkich branżach wymienionych w ramach treści warunku udziału w postępowaniu. W związku z tym, że dostawa i montaż technologii stanowił kluczowy element inwestycji, nadrzędny wobec innych branż, realizacja inwestycji wymagała koordynacji działań ze strony dostawcy technologii, w konsekwencji czego SUEZ (DEGREMONT) w tym znaczeniu zaangażowany był w realizację całej inwestycji. W szczególności, kierownikiem budowy dla całego kontraktu odpowiedzialnym za koordynację i nadzorowanie wszystkich elementów inwestycji był Pan A. J. G. S. (oddelegowany przez DEGREMONT). Fakt ten wynika bezpośrednio z treści dokumentu przedłożonego Zamawiającemu w celu potwierdzenia informacji zawartych w wykazie robót. Okoliczność ta przesądza, że SUEZ TREATMENT SOLUTIONS S.A.U (dawniej DEGREMONT) miał istotny, faktyczny i konkretny wkład w realizację całego przedsięwzięcia. Fakt zaangażowania personelu członka konsorcjum w realizację zamówienia, zwłaszcza na stanowiskach kierowniczych, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, potwierdza zaangażowanie tego członka konsorcjum na poziomie umożliwiającym legitymowanie się całą referencją uzyskaną przez konsorcjum (por. wyrok z dnia 21.12.2018 r.; sygn. akt KIO 2534/18). Pełnienie funkcji kierownika budowy przez osobę z zespołu DEGREMONT S.A.U potwierdza, że podmiot ten sprawował pieczę nad całością prac wykonywanych w ramach spółki Joint-Venture zarówno na etapie ich projektowania jak i wykonania. Poprzez pełnienie zasadniczych funkcji oraz przeważający udział w ramach spółki Joint Venture (50% udziału w Joint Venture przypadało na DEGREMONT S.A. U) wykonawca nabył szeroką i niezbędną na potrzeby prowadzonego postępowa wiedzę i doświadczenie. Wykonawca był zaangażowany od początku inwestycji tj. momentu jej projektowania, poprzez wykonanie aż po odbiór końcowy, zwieńczający wykonanie wszelkich prac budowlano-montażowych i rozruchowych. Wykonawca brał czynny udział w pracach spółki w całej ich rozciągłości. Powyższe, szerokie zaangażowanie DEGREMONT S.A.U (obecnie: SUEZ TREATME SOLUTIONS) w realizację badanego kontraktu pozytywnie wpisuje się w zasady oceny nabytego doświadczenia w ramach konsorcjum, wypracowanego przez dotychczasowe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (...) Na marginesie zaznaczamy także, że przedsięwzięcia Joint Venture cechują idącą współpracą, z natury rzeczy ściślejszą niż w przypadku spotykanego w ramach realizacji inwestycji na polskim rynku. Tego typu przedsięwzięcie nie rozgranicza ściśle zakresów zaangażowania i odpowiedzialności poszczególnych podmiotów, zakłada też udział każdego

podmiotu w podejmowaniu wszystkich kluczowych decyzji związanych z realizacją inwestycji (w tym kluczowe decyzje podejmowane były przez Komitet Zarządzający składający reprezentantów każdej ze spółek). Taki ścisły sposób współpracy winien przesądzić o możliwości posługiwania się przez konsorcjantów referencją uzyskaną w realizacji całości kontraktu.

Zdaniem Odwołującego treść przedstawionych wyjaśnień winna zostać uznana za dowód niewykazania przez Budimex spełniania warunków wiedzy i doświadczenia. Izba w tym zakresie podzieliła argumentację Przystępującego, który zaznaczył, że budowa oczyszczalni w Ourense była realizowana w modelu współpracy (spółki) joint venture złożonej z trzech pomiotów. Przystępujący wyjaśniał, że Jest to stosowana forma współpracy mająca charakter zbliżony do formy spółki cywilnej, nazwany często konsorcjum zintegrowanym. Tego rodzaju konsorcjum opiera się na bardziej zależnej, ścisłej współpracy niż w powszechnie istniejącym w Polsce modelu konsorcjów zwanych często niezintegrowanymi. Cechą charakterystyczną konsorcjum zintegrowanego jest, że konsorcjanci, wspólnie realizują całe zamówienie. Polega to niekiedy na wspólnym realizowaniu robót budowlanych, a czasami na wspólnym kontraktowaniu podwykonawców, ich kontrolowaniu, rozliczaniu (dokonywaniu płatności) i koordynowaniu ich prac. Decyzje w zakresie całości prac podejmowane są wspólnie. 1/1/ konsorcjach zintegrowanych najczęściej wspólnie rozlicza się zysk lub stratę z danego zamówienia poprzez odniesienie do procentowego udziału poszczególnych wykonawców.

Na dowód czego przedłożył wyciąg z umowy konsorcjum zintegrowanego wraz z tłumaczeniem, gdzie zgodnie ze str. 10, akapit 6 i dalsze udział w prawach i obowiązkach SUEZ wynosił 50%. Udział w prawach i obowiązkach pozostałych dwóch uczestników wynosił odpowiednio: S.A. DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA - 30% oraz PASSAVANT ESPANA, S.A - 20%.

Zgodnie z art. 8 umowy decyzje miały być podejmowane jednomyślnie. Dalej wskazano, że Jeśli jednomyślność nie zostanie osiągnięta, Komitet spotka się ponownie w ciągu następnych dwudziestu czterech godzin, a jeśli okaże się to nieskuteczne, zostanie przekazany dyrekcji spółek, a jeśli jednomyślne porozumienie nie zostanie osiągnięte w maksymalnym terminie dwóch tygodni sprawa zostanie przekazana do arbitrażu, jeśli zażąda tego jedna z firm członkowskich, jak wskazano w artykule dwudziestym czwartym niniejszego statutu. Jeżeli jednomyślne porozumienie nie zostanie osiągnięte w drugim Komitecie i aby nie wstrzymywać postępu prac Konsorcjum Zintegrowanego, w tej sytuacji mogą zostać podjęte tymczasowo, pilne środki niezbędne do czasu wydania wyroku. Dodatkowo, na str. 43, akapit 4 i dalsze, wskazano, że konieczne jest zbudowanie nowej nowoczesnej oczyszczalni ścieków w koncepcji i funkcjonalności, która zostanie zintegrowana jako kluczowy element kanalizacji miasta Ourense. Przedmiotem wspólnego przedsięwzięcia Konsorcjum Zintegrowanego jest opracowanie projektu budowlanego i wykonawczego, budowa i rozruch zadania „POPRĄ I/I/A OCZYSZCZANIA ŚCIEKÓW W OURENSE: OCZYSZCZALNIA ŚCIEKÓW OURENSE", wygranej przez UTE (Konsorcjum Zintegrowane) w wyniku przetargu ogłoszonego przez Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas del Norte, SA.

Na uwagę zasługuje również fakt, iż kierownikiem budowy był pan A. J. G. S., który był oddelegowanym pracownikiem SUEZ, co wskazuje na bezpośrednie kierowanie robotami budowlanymi w trakcie realizacji inwestycji. Dodatkowo, Budimex na posiedzeniu przedstawił dowód z oświadczenia wystawcy zobowiązania z dnia 25 lipca 2019 r. potwierdzający szeroki udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia wskazujący, że w zakresie oświadczenia o udostępnieniu zasobów złożonego w dniu 25 lutego 2019 r. zawiera się zobowiązanie SUEZ do przekazania zasobu wiedzy i doświadczenia, zgodnie z SIWZ do realizacji niniejszego zamówienia poprzez nasz udział charakterze podwykonawcy co najmniej w następującym zakresie: 1. W ramach wskazanego w zobowiązaniu z dnia 25 lutego 2019 r. projektowania będziemy uczestniczyć w realizacji zamówienia co najmniej w zakresie: a. przygotowanie założeń projektowych w branży technologicznej dla inst. hydrolizy, inst. deammonifikacji oraz inst. usuwania struwftu, 2. W ramach wskazanych w zobowiązaniu z dnia 25 lutego 2019 r. dostaw będziemy uczestniczyć w realizacji zamówienia co najmniej w zakresie: a. kompletacja dostaw dla ww. instalacji obejmująca branże: technologiczną, elektryczną i AKPIA, 3. W ramach wskazanych w zobowiązaniu z dnia 25 lutego 2019 r. prac montażowych będziemy uczestniczyć w realizacji: a. Robót konstrukcyjno-budowlanych polegających w szczególności na wykonaniu konstrukcji stalowych, podparć, mocowań, podwieszeń, niezbędnych drabin, pomostów, podestów obsługowych, b. Robót technologicznych polegających w szczególności na wykonaniu urządzeń technologicznych (zbiorniki, pompy, dmuchawy, mieszadła) w zakresie modernizacji j rozbudowy węzła gospodarki osadowej i hydrolizy, c. Robót sanitarnych polegających w szczególności na wykonaniu kotłów, instalacji ciepła technologicznego, instalacji wody pitnej I technologicznej, inst. wentylacji I Inst. Kanalizacji, rurociągów wraz z armaturą, w, zakresie modernizacji i rozbudowy węzła gospodarki osadowej i hydrolizy, d. Robót elektrycznych polegających w szczególności na wykonaniu instalacji elektroenergetycznych w zakresie modernizacji i rozbudowy węzła gospodarki osadowej i hydrolizy, e. AKPiA polegających w szczególności na wykonaniu instalacji AKPiA w zakresie modernizacji i rozbudowy węzła gospodarki osadowej i hydrolizy 4. 1/1/ ramach wskazanej w zobowiązaniu z dnia 25 lutego 2019 r. kontroli jakości będziemy uczestniczyć w realizacji zamówienia zgodnie z zakresem czynności przewidzianych w odpowiednich punktach Tomu

III PFU. 5. W ramach wskazanego w zobowiązaniu z dnia 25lutego 2019 r. nadzoru i zarządzania będziemy uczestniczyć w realizacji zamówienia w pracach niezbędnych dla zastosowania technologii przewidzianej dla realizacji zamówienia. 6. W ramach wskazanych w zobowiązaniu z dnia 25 lutego 2019 r. czynności związanych z rozruchem będziemy uczestniczyć w realizacji rozruchu, w tym w próbach rozruchowych.

Dodatkowo, Budimex przedłożył certyfikat wykonania prac wydany przez SUEZ, który potwierdza, że przedmiotem inwestycji było zaprojektowanie i budowa nowej oczyszczalni ścieków. Wbrew twierdzeniom Odwołującego przedstawiony dokument należy odczytywać łącznie, a nie wybiórczo. Z certyfikatu wynika, że SUEZ uczestniczył w projektowaniu procesu, dostawach urządzeń, nadzorze nad pracami montażowymi oraz pracach rozruchowych dla następujących obiektów:

Unia ściekowa Pierwszy stopień oczyszczania: jednostki SE DI PAC 3D® do usuwania tłuszczu, piasku i sedymentacji osadu wstępnego (tylko 3 wyposażone), wraz z grawitacyjnym kanałem odpływowym, pompownia dla części oczyszczania biologicznego, Oczyszczanie biologiczne sekwencyjne oczyszczanie biologiczne przy zastosowaniu systemu CYC LOR®; sekwencje napełniania, napowietrzania i dekantacji zapewniają nitryfikację związków azotu i eliminację fosforu, dmuchawy powietrza procesowego i system napowietrzania z dyfuzorami drobnopęcherzykowymi, dozowanie chlorku żelaza w celu całkowitego wyeliminowania fosforu. Oczyszczanie wody nadosadowej Oczyszczanie wody nadosadowej ze stężonego azotu, pochodzącej z odwadniania przefermentowanego osadu ściekowego w reaktorze CLEARGREEN, Linia osadowa zagęszczenie osadu w dwóch zagęszczaczach, Silos do magazynowania osadu odwodnionego, Pompowanie osadu odwodnionego do procesu hydrolizy termicznej, Wstępne kondycjo nowa nie osadu dla procesu fermentacji za pomocą termicznej hydrolizy osadu CAMBI, Mezofilna fermentacja z mieszadłami w dwóch komorach fermentacyjnych o pojemności 3000 m3 każdy, Magazynowanie sfermentowanego osadu,

Instalacja do przygotowania polielektrolitu, Odwadnianie osadu za pomocą wirówek, Generator biogazu (1 jednostka), Gazometr i pochodnia, system dezodoryzacji biologicznej dla oczyszczania mechanicznego oraz budynku osadu czynnego, filtrów i oczyszczania odcieków.

W ocenie Izby, już z wyjaśnień z dnia 27 czerwca 2019 r. wynikało, że SUEZ wykonał prace budowlane związane z kontraktem, wykonał kluczowy zakres prac w ramach inwestycji w tym obiekty gospodarki osadowej, w szczególności linie hydrolizy termicznej, wykonał prace montażowe, wykonał prace rozruchowe, wykonał w ramach wykonywanych prac inst. osadu, inst. czynnika grzewczego, inst. elektryczne i AKPiA, wykonał roboty we wszystkich branżach wymienionych w ramach treści warunku udziału w postępowaniu. Z wyjaśnień Budimex wynika, że SUEZ wykonywał zasadniczą część prac obejmującą swoim zakresem roboty we wszystkich branżach wymienionych w ramach treści warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, w pkt 5.1.1.2. lit. b) IDW nie wskazywał zakresu robót (pewnego minimum dla każdej z przewidzianych branż). Odwołujący na potrzeby postępowania odwoławczego wprowadza własną interpretację warunku, niemającą poparcia w dokumentacji postępowania. Zamawiający nie zdefiniował poszczególnych branż, nie podał katalogu prac, które należy zakwalifikować do kategorii odpowiednio robót konstrukcyjno- budowlanych, robót sanitarnych, robót elektrycznych i AKPiA.

Izba podziela pogląd prezentowany przez Budimex, że oceniając wiedzę i doświadczenie wykonawcy nie można abstrahować od istoty warunku udziału w postępowaniu, który sprowadza się do doświadczenia w wykonaniu oczyszczalni ścieków o określonej przepustowości, w zakresie której zastosowano określoną technologię (proces hydrolizy osadu ściekowego). Oznacza to, że doświadczenie spółki, która dysponuje technologią i realizuje podstawowy z punktu widzenia celów inwestycji zakres prac, jest kluczowe.

Warto również podkreślić, że z wyjaśnień Budimex z dnia 27 czerwca 2019 r. wynika, że podmioty wchodzące w skład Joint Venture były powiązane organizacyjnie, a przedmiot zamówienia miał charakter pewnej całości, z której nie można było wyodrębnić prac i przypisać ich konkretnym podmiotom, natomiast SUEZ koordynował działalnością całego przedsięwzięcia. W ocenie Izby z samej istoty działania w ramach konsorcjum zintegrowanego wynika wykonywanie prac wspólnie, co nie jest identyczne z ich indywidualną realizacją. W przypadku gdy wykonawca ma realny wpływ na wykonanie projektu, co potwierdził Budimex swoimi wyjaśnieniami, nie można wykluczyć możliwości powoływania się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum zintegrowanego. Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, oraz dowodów załączonych do pisma procesowego Budimex, Izba uznała, że SUEZ faktycznie i realnie uczestniczył w realizacji inwestycji na budowę oczyszczalni ścieków w Ourense, zatem Budimex może na takie doświadczenie powołać się. Wobec powyższego zarzut Odwołującego jakoby w wyjaśnieniach Budimex nie potwierdził realizacji prac wymienionych w warunku jest bezpodstawny.

Z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył na posiedzeniu oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 3 lit. d) z odwołania, a na rozprawie oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 3 lit. c) z odwołania,

nie podlegały one rozpoznaniu przez Izbę.

Odwołanie o sygn. akt KIO 1354/19

W zakresie zaniechania odrzucenia ofert Budimex oraz Inżynieria Eneris jako niezgodnych z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, należy wskazać, co następuje. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawiera sankcję odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, tj. możliwości dokonania jej korekty. Powyższe przepisy odnoszą się do zasady związania wykonawcy oświadczeniami zawartymi w ofercie oraz do zasady niezmienności oferty.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 10.2 IDW Treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp. Oferta powinna być sporządzona na formularzu ofertowym zgodnym w treści z formularzem Oferty przetargowej, stanowiącym załącznik nr 1 do IDW, Część I SIWZ. Stosownie do pkt 10.4 IDW do oferty należy załączyć następujące dokumenty: Dokumenty, o których mowa w pkt 6.5 IDW; Opis doświadczenia osób wyznaczonych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (jeżeli dotyczy - zgodnie z pkt 10.5 IDW), zgodnie z Załącznikiem nr4 do IDW, Inne oświadczenia i dokumenty, co do których wskazane jest w SIWZ, że należy je załączyć do oferty.

Zgodnie z pkt 10.20 IDW Ofertę (formularz oferty przetargowej wraz z wymaganymi załącznikami) należy składać w nieprzejrzystym i zamkniętym opakowaniu. Opakowanie powinno być zalakowane lub odpowiednio zabezpieczone w sposób uniemożliwiający bezśladowe otworzenie (np. podpisane na wszystkich połączeniach) oraz zawierać oznaczenie Wykonawcy (nazwę i adres). (...)

Stosownie do pkt 3.3. IDW Program funkcjonalno - użytkowy (PFU) przedstawiony został w Części III niniejszej SIWZ. Stosownie do pkt 14.3.6-14.3.8 PFU:

14.3.6: Wykonawca ma obowiązek wyszczególnić w ofercie gwarantowany stopień redukcji substancji organicznej w procesie beztlenowej stabilizacji osadu. (...) Wykonawca powinien wyszczególnić w ofercie gwarantowaną ilość biogazu w przeliczeniu na 1 RLM, która będzie powstawała w procesie fermentacji w warunkach ładunków projektowych.

14.3.7: Wykonawca ma obowiązek wyszczególnić opisane poniżej parametry w Ofercie. Dopuszczalna: zawartość siarkowodoru w biogazie < 50 ppm H_2S w m^3, wilgotność biogazu na wejściu do agregatów kogeneracyjnych < 60%, temperatura biogazu na wejściu do agregatów kogeneracyjnych > 10 st. C.

Dodatkowo, ze względu na wykorzystanie biogazu w kotłowni lub agregatach kogeneracyjnych na wewnętrznych powierzchniach kotłów/cylindrów silnika gazowego jednostki kogeneracyjnej nie może powstawać osad - należy zapewnić oczyszczanie biogazu z siloksanów. Dopuszczalną zawartość silokasanów w biogazie Wykonawca ma obowiązek wyszczególnić w Ofercie, nie może być większa niż 20 mg w m^3.

14.3.8: Wykonawca ma obowiązek wyszczególnić w ofercie gwarantowaną suchą masę w osadzie odwodnionym.

Zamawiający ustalił w pkt 13 IDW pięć kryteriów oceny ofert: Cena oferty (z podatkiem VAT) - waga 60%; Okres gwarancji i rękojmi - waga 10%; Doświadczenie Projektanta technologa - Eksperta nr 3 (osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia) - waga 5%; Doświadczenie Projektanta automatyka - Eksperta nr 6 (osoby wyznaczonej do realizacji zamówienia) - waga 5%, Parametry techniczne - waga 20%. W kryterium Parametry techniczne, Zamawiający wskazał wymagane parametry maksymalne i minimalne i ustalił w pkt 13.1.5 IDW, iż oceniane będzie: Elastyczność procesu hydrolizy — maksymalna liczba punktów: 10 pkt; Instalacja do usuwania azotu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych - maksymalna liczba punktów: 5 pkt oraz Instalacja do usuwania fosforu z odcieków po odwadnianiu i suszeniu osadów przefermentowanych - maksymalna liczba punktów: 5 pkt.

Zamawiający w Części II SIWZ wskazał m.in. w Klauzuli 1.1.: Oferta jest załącznikiem do umowy - Kontraktu; w Klauzuli 1.1.1.81: „Oferta" oznacza Formularz Oferty i wszystkie inne dokumenty, które Wykonawca dostarczył wraz z Formularzem Oferty. Gdziekolwiek w Warunkach Kontraktu występuje określenie "Dokumenty Ofertowe " należy je rozumieć w sposób określony w niniejszej klauzuli jako Formularz Oferty i wszystkie inne dokumenty, które Wykonawca dostarczył wraz z Formularzem Oferty w Klauzuli 4.1. (ix); (...) Niezależnie od obowiązków określonych w niniejszych Warunkach, (Wykonawca zobowiązany jest do: (...) Odpowiedzialności za uzyskania gwarantowanych parametrów określonych w Kontrakcie pod rygorem, uznania Kontraktu za wykonany nienależycie', w Klauzuli 9.1: Próby Końcowe

zostaną przeprowadzone celem udowodnienia, że parametry ekologiczne i technologiczne zostały osiągnięte w wyniku zrealizowanych Robót', w Klauzuli 25.5.2., (zmiana kontraktu): Zastosowanie rozwiązań zamiennych, w tym zmiana technologii wykonywania Robót, zmiana sposobu wykonywania Robót, zmiana parametrów technicznych, zmiana materiałów i urządzeń, zmiana wielkości. Strony przewidują możliwość zastosowania rozwiązania zamiennego — w tym zmiany przyjętej w Programie Funkcjonalno- Użytkowym technologii wykonywania Robót lub sposobu wykonywania Robót lub zmiany parametrów technicznych lub zmiany materiałów, wyrobów budowlanych lub urządzeń lub wielkości wykonania, jeżeli ww. zmiany są zasadne z punktu widzenia prawidłowej realizacji Kontraktu lub uzasadnionego interesu Zamawiającego (...).

Izba ustaliła, że ani Budmiex ani konsorcjum Inżynieria Eneris, dalej łącznie zwani „Przystępującymi", nie wskazało w swoich ofertach Gwarancji Procesowych, tj. parametrów określonych w pkt 14.3.6 - 14.3.8 PFU. Brak wyszczególnienia tychże elementów stanowi o niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ.

Skoro Zamawiający wymagał wyszczególnienia konkretnych parametrów, to znaczy, że elementy te były wymogiem obligatoryjnym, a na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie spoczywał obowiązek poprawnego przygotowania dokumentacji ofertowej, dołożenia należytej staranności i zachowania wymaganego poziomu profesjonalizmu, w tym sprawdzenie wymagań zamawiającego w całej dokumentacji postępowania, a w szczególności wskazanie w ofercie żądanych parametrów.

Wymaganie Zamawiającego nie zostało sprowadzone do określenia zaoferowanego produktu jako zgodnego z SIWZ, ale takiego jego wyszczególnienia, aby Zamawiający wiedział jaki parametr został zaoferowany, niezależnie czy był on oceniany w kryterium oceny ofert czy też nie. Zatem dywagacje dotyczące znaczenia parametrów uwzględnionych w kryterium oceny ofert pozostają bez znaczenia.

Należy zgodzić się z Zamawiającym, że oferta oceniana jest jako całość, w sposób kompleksowy. Niemniej o kształcie zobowiązania wykonawcy decydują szczegóły jego oferty, nie zaś ogólne zapewnienia dotyczące jej treści, czy oświadczenia potwierdzające akceptację postanowień SIWZ i realizację zamówienia zgodnie z jej postanowieniami. Ogólnikowe sformułowania mogą mieć znaczenia w sytuacjach, w których zamawiający nie uszczegóławia pewnych kwestii, nie zaś w przypadkach, gdy zamawiający precyzyjnie opisał swoje oczekiwania. Tym bardziej, że jak słusznie zauważył Odwołujący wymaganie Zamawiającego dotyczyło wyszczególnienia, a nie akceptacji. Nie sposób więc zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że wyszczególnienie parametrów nie oznacza, że należy wskazać konkretne wartości. W ocenie Izby wyszczególnienie należy rozumieć jako podanie konkretnego parametru na załączonym dokumencie przygotowanym przez wykonawcę, skoro Zamawiający nie sporządził wzoru takiego załącznika.

Nadto, uwzględniając art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, nie jest dopuszczalne modyfikowanie treści oferty wykonawcy po upływie terminu składania ofert w postępowaniu. Zmiany, względnie wycofanie oferty, są dopuszczalne wyłącznie na etapie poprzedzającym składanie ofert.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie Zamawiającego nie są dopuszczalne zmiany oferty. Jedyną możliwością korekty oferty wykonawcy jest art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, jednak pod pewnymi warunkami. Jak podkreśla orzecznictwo Izby i Trybunału Sprawiedliwości UE zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między zamawiającym a oferentem w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu, ani z inicjatywy zamawiającego ani oferenta (wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, wyrok z dnia 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16). Zatem uzupełnianie parametrów z pkt 14.3.6-14.3.8 PFU na etapie badania i oceny ofert należy uznać za niedopuszczalne. Tym bardziej, że z żadnego oświadczenia czy też dokumentu załączonego do ofert nie wynika, iż w ofertach Przystępujących zostały zaoferowane parametry minimalne, a jak już wspomniano oświadczeń ogólnych w niniejszym stanie faktycznym nie można uznać za zaoferowanie wymagań minimalnych.

Wzwiązku z powyższym, analiza dokumentacji przedmiotowego postępowania, w ocenie Izby, potwierdza, iż żądanie przez Zamawiającego wyszczególnienia parametrów z pkt 14.3.6-14.3.8 PFU, stanowiło merytoryczną treść oferty. Tym samym, brak wskazania tych elementów, wymaganych przez Zamawiającego stanowi podstawę do odrzucenia ofert Przystępujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku
na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy
§ 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości
i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu
odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....

Członkowie: