

WYROK

z dnia 27 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 września 2019 r. przez wykonawcę E.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E.S. w Jakubowicach Konińskich w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Lublinie

przy udziale wykonawcy AWK Instalacje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego E.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E.S. w Jakubowicach Konińskich i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1799/19

Uzasadnienie

Zamawiający Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego Oddział Regionalny w Lublinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie instalacji klimatyzacji w budynku Oddziału Regionalnego KRUS w Lublinie” (nr postępowania: 0800-OP.261.6.2019). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 sierpnia 2019 r. pod numerem 583249-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia

2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 16 września 2019 r. wykonawca E.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Iglo-Klima E.S. w Jakubowicach Konińskich (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty AWK Instalacje Sp. z o.o. Sp.k. w Lublinie (dalej jako „AWK Instalacje”), w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ oraz jako złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - AWK Instalacje jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia, który był jednym z kryteriów oceny ofert, zaś złożone przez tego wykonawcę dnia 2 września 2019 r. wyjaśnienie na wezwanie Zamawiającego doprowadziło do bezpodstawnej istotnej zmiany treści oferty,
2. art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - AWK Instalacje, w sytuacji w której powinien on zostać wykluczony z udziału w postępowaniu wobec niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia poprzez niewykazanie, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej 3 roboty budowlane, każda polegająca m.in. na montażu systemów klimatyzacji VRF (Variable Refrigerant Flow) i o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł (słownie: dwieście tysięcy złotych);
3. art 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania AWK Instalacje do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, a to przedłożonych przez tego wykonawcę referencji wystawionych przez Sąd Apelacyjny w Lublinie oraz Grupę

Azoty Zakłady Azotowe Puławy SA celem weryfikacji, w jakiej części zamówienia stwierdzone tymi referencjami stanowiły roboty budowlane polegające na montażu systemów klimatyzacji VRF (Variable Refrigerant Flow) o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł, co pozwoliłby Zamawiającemu na ocenę czy wykonawca spełnia postawione w SIWZ warunki udziału w postępowaniu;

4. art. 7 ust 1 i 3, art. 8 ust 1-3 oraz art. 96 ust 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców sprowadzające się do bezprawnego utrudniania Odwołującemu dostępu do dokumentów postępowania tj. oferty AWK Instalacje oraz dokumentów złożonych i uzupełnionych przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku odrzucenie oferty wykonawcy AWK Instalacje na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 oraz pkt 5 ustawy Pzp, dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący oświadczył ponadto, iż posiada interes faktyczny i prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ złożona przez niego oferta zajęła drugie miejsce w rankingu ofert i w przypadku odrzucenia oferty AWK Instalacje to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Uzasadniając pierwszy z zarzutów Odwołujący przywołał treść postanowień SIWZ odnoszących się do terminu realizacji zamówienia (23 grudnia 2019 r.) oraz kryteriów oceny ofert, w tym kryterium czasu wykonania zamówienia oraz sposobu jego punktacji. Zdaniem Odwołującego z treści SIWZ wynika, że intencją Zamawiającego było zobligowanie wykonawcy do wskazania w treści oferty terminu wykonania zamówienia, ale wyłącznie takiego, który mieścił się w zamkniętym katalogu dopuszczalnych terminów, z zastrzeżeniem że najpóźniejszy możliwy termin to 23 grudnia 2019 r., za który Zamawiający przyznawał 0 punktów. Odwołujący zauważył, że wykonawca AWK Instalacje w złożonej ofercie wskazał, że deklarowany przez niego czas wykonania zamówienia to „9 grudnia” i nie oznaczył roku, w którym zamierza zakończyć roboty budowlane. Odwołujący podniósł, że z żadnego innego dokumentu składającego się na ofertę AWK Instalacje nie można wywnioskować, w jakim precyzyjnie terminie zamierza wykonać zamówienie oraz czy termin ten jest zgodny z SIWZ. Użycie zwrotu „9 grudnia” bez podania roku powoduje, że Zamawiający w istocie nie wie

w jakim terminie wykonawca rzeczywiście zamierza wykonać zamówienie, ponieważ intencją wykonawcy mogło być zadeklarowanie zarówno terminu 9 grudnia 2019 r. jak i np. 9 grudnia 2020 r. - co z oczywistych względów wykraczałoby poza ramy czasowe realizacji zamówienia określone przez Zamawiającego. Brak podania dokładnej daty powoduje więc, że oferta AWK Instalacje jest niezgodna z SIWZ i jako taka powinna zostać odrzucona.

Dalej Odwołujący podniósł, że wezwanie skierowane do AWK Instalacje w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w celu wyjaśnienia terminu realizacji zamówienia było działaniem nieprawidłowym. Wyjaśnienia ww. wykonawcy należy uznać za czynność bezskuteczną, która nie mogła zmienić pierwotnego oświadczenia, nawet jeżeli było ono nieprecyzyjne. W innym przypadku doszłoby bowiem do niedopuszczalnego prowadzenia między Zamawiającym a AWK Instalacje negocjacji dotyczących złożonej oferty w zakresie deklarowanego czasu realizacji przedmiotu umowy. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przywołał wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r., sygn. akt X Ga 7/10. Odwołujący zauważył także, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wprost wskazuje, że jedyna dopuszczalna zmiana treści oferty może nastąpić wyłącznie w warunkach opisanych w ust. 1a i 2 tego artykułu, przy czym do niniejszego postępowania może mieć zastosowanie tylko ust. 2 W związku z powyższym, jedyną przesłanką zmiany treści oferty AWK Instalacje w zakresie deklarowanego czasu wykonania zamówienia było stwierdzenie, iż brak podania roku realizacji przedmiotu umowy nosi znamiona oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Co więcej, w razie stwierdzenia przez Zamawiającego występowania takiej omyłki, winien ją poprawić oraz niezwłocznie zawiadomić o tym wykonawcę. Z dokumentacji postępowania wynika jednak, że Zamawiający nie potraktował podania przez AWK Instalacje niepełnej daty wykonania zamówienia jako oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki, ponieważ nie poprawił oferty wykonawcy w tym zakresie oraz nie zawiadomił o tym fakcie AWK Instalacje. Odwołujący podniósł ponadto, iż błędu ww. wykonawcy nie można potraktować jako oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. W tym zakresie wskazał m.in. na wyrok KIO z 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 404/11 oraz podkreślił, że termin wykonania zamówienia należy do przedmiotowo istotnych elementów treści oferty i identyfikuje zobowiązanie wykonawcy.

Uzasadniając zarzuty wskazane w pkt 2 i pkt 3 odwołania Odwołujący zwrócił uwagę, na treść warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Podniósł, że wykonawca AWK Instalacje w ofercie przedstawił wykaz realizacji zamówień na rzecz trzech podmiotów, spośród których każde wprowadzie przekracza wartość wymaganą przez Zamawiającego, ale z opisu ich przedmiotu wynika, że były to zamówienia publiczne niejednorodne. Zarówno z treści referencji wystawionych przez Sąd Apelacyjny w Lublinie jak i Grupę Zakładów Azotowych „Puławy” S.A. wynika, że udzielone wykonawcy zamówienia składały się z etapów, których przedmiotem było nie tylko wykonywanie robót budowlanych, ale także prace projektowe i usługi serwisowe. Tym samym Zamawiający nie był w stanie ocenić na podstawie złożonych dokumentów, jaką część zrealizowanych przez wykonawcę zamówień stanowiły faktycznie roboty budowlane polegająca m.in. na montażu systemów klimatyzacji VRF (Variable Refrigerant Flow) o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł, a jaką część prace projektowe lub też świadczenie innych usług. Zdaniem Odwołującego warunki udziału w postępowaniu należy interpretować ściśle w powiązaniu z przedmiotem zamówienia. Skoro zatem przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na realizacji instalacji klimatyzacyjnej, to bezprzedmiotowe są referencje wykonawcy w zakresie wykonania prac projektowych lub świadczenia innych usług, w tym czynności serwisowych. Ewentualne wyjaśnienie na ile zakres przedstawionych referencji odpowiada przedmiotowi niniejszego postępowania i tym samym może być kwalifikowany, jako potwierdzenie spełnienia warunku powinno zaś nastąpić z uwzględnieniem procedury przewidzianej w art. 26 ust 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał jednak wezwania wykonawcy w tym zakresie, a tym samym naruszył wskazane w zarzutach przepisy ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego stanowisko to potwierdza także najnowsze orzecznictwo KIO, wskazał na wyrok KIO z dnia 23 lutego 2011 r., sygn. akt: KIO 291/11, wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 905/16 oraz wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 2690/17.

Niezależnie od tego Odwołujący zwrócił uwagę, iż Zamawiający wymagał w zakresie warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej zdolności technicznej i zawodowej, aby wykonawcy posiadali doświadczenie w zakresie wykonywania robót budowlanych polegających m.in. na montażu systemów klimatyzacji VRF (Variable Refrigerant Flow). Wykonawca AWK Instalacje przedstawił natomiast referencje na montaż systemów klimatyzacji innego typu, tj. VRV (Variable Refrigerant Volume). Zdaniem Odwołującego, także i z tej przyczyny referencje AWK Instalacje nie odpowiadają SIWZ, a tym samym wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Gdyby bowiem Zamawiający dopuszczał równoważność wskazanych powyżej dwóch systemów klimatyzacji, to znalazłoby to odzwierciedlenie w treści SIWZ. W tym kontekście Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 863/10, uchwałę KIO z dnia 16 kwietnia

2014 r., sygn. akt KIO/KD 33/14, powołał się także na stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w Informacji o wyniku kontroli doraźnej UZP/DKUE/KD/110/16

Uzasadniając zarzut prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi niezwłocznego udostępnienia dokumentów postępowania, bez uzasadnionej przyczyny zwlekał z przekazaniem udostępnieniem żądanej przez Odwołującego dokumentacji w postaci oferty wykonawcy AWK Instalacje. Odwołujący w trzech kolejnych wnioskach składanych odpowiednio w dniach 10, 11 i 12 września 2019 r. zwracał się do Zamawiającego o udostępnienie dokumentów, które pozwoliłyby mu na weryfikację poprawności czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Biorąc pod uwagę krótkie terminy określone w ustawie Pzp na złożenie odwołania, każdy dzień zwłoki Zamawiającego w istotny sposób utrudnia lub też całkowicie uniemożliwia skorzystanie przez zainteresowanego z możliwości zaskarżenia czynności podjętej z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. W stanie faktycznym niniejszej sprawy Zamawiający udostępnił Odwołującemu żądane kopie dokumentów dopiero w dniu 12 września 2019 r., co spowodowało ograniczenie czasu na ich analizę i sporządzenie odwołania zaledwie do dwóch dni roboczych. Tego rodzaju postępowanie Zamawiającego narusza uczciwą konkurencję i nasuwa podejrzenie o nierównym traktowaniu wykonawców.

Zamawiający w dniu 25 września 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów podniesionych w odwołaniu, Zamawiający powołał się na pkt 4.1. SIWZ, 13.2 SIWZ, a także na § 5 ust. 5 wzoru umowy. Podkreślił, iż z uwagi na wskazanie przez AWK Instalacje terminu realizacji zamówienia „do 9 grudnia”, wezwał ww. wykonawcę na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień w powyższym zakresie, a wykonawca ten potwierdził, że zaoferował 9 grudnia 2019 r. Nie jest więc, zdaniem Zamawiającego, prawdą stwierdzenie, że złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienie doprowadziło do bezpodstawnej istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający przedstawił także stanowisko, jak należy rozpatrywać przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Dalej wskazał, iż analiza dokumentacji dotyczącej przedmiotowego zamówienia pozwala zauważyć, że SIWZ nie dopuszcza zmiany realizacji przedmiotu zamówienia dotyczącej roku realizacji przedmiotu zamówienia, a w złożonym formularzu oferty wykonawca deklaruje wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami Zamawiającego, które jasno w SIWZ określają rok jego realizacji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez wykonawcę AWK Instalacje warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający przytoczył treść pkt 5.2 ppkt 3 lit. a SIWZ i podkreślił, że nie wymagał, aby przedstawione w wykazie robót zamówienia polegały wyłącznie lub głównie na montażu systemów klimatyzacji VRF, nie wskazał również jaki procent zamówienia musi obejmować montaż urządzeń klimatyzacyjnych. Wymagał tylko, aby w zakres podanych robót budowlanych wchodził montaż urządzeń klimatyzacyjnych. Powołał się także na informacje ze strony wskazujące, iż zmienny przepływ czynnika chłodniczego VRV określany jest również jako VRF. Następnie omówił trzy podane przez AWK Instalacje w wykazie robót zamówienia, wskazując, że kwalifikują się do oceny spełnienia

warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego.

W kontekście zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy AWK Instalacje do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, celem weryfikacji, w jakiej części zamówienia stwierdzone referencjami stanowiły roboty budowlane polegające na montażu systemów klimatyzacji VRF Zamawiający wskazał na jego bezzasadność i podtrzymał argumentację przedstawioną w odpowiedzi na zarzut drugi.

Odnosząc się do zarzutu czwartego, Zamawiający wyjaśnił, iż udostępnianie protokołu i załączników do protokołu następuje zgodnie z procedurą opisaną w § 4 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w godzinach popołudniowych dniu 9 września 2019 r., a następnie niezwłocznie poinformował o ww. fakcie wykonawców (w załączeniu przedstawił wydruki z poczty e-mail). Ponieważ Zamawiający pracuje w godzinach 7:15 - 15:15, wszelkie informacje dot. wyboru najkorzystniejszej oferty zostały zamieszczone niezwłocznie w protokole postępowania w dniu następnym tj. 10 września 2019 r., a następnie przekazane do zapoznania się i podpisania członkom Komisji Przetargowej działającej na podstawie komunikatu nr 20 Dyrektora OR KRUS w Lublinie z dnia 15 lipca 2019 r. Zgodnie z § 9 pkt. 1 Załącznika nr 4 do Zarządzenia Nr 36 Prezesa KRUS z dnia 3 sierpnia 2016 roku w sprawie realizacji w KRUS zamówień publicznych, członkowie

Komisji Przetargowej w szczególności „przygotowują i podpisują SIWZ oraz wszystkie wymagane ustawą dokumenty dotyczące postępowania”. Zamawiający nadmieniał, że Komisja Przetargowa liczyła pięciu członków, którzy mieli prawo i obowiązek zapoznać się przed podpisaniem z treścią protokołu. Po podpisaniu protokołu przez członków Komisji Przetargowej protokół postępowania zgodnie z § 13 ust. 3 pkt. 3 Zarządzenia Nr 36 Prezesa KRUS z dnia 3 Sierpnia 2016 roku w sprawie realizacji w KRUS zamówień publicznych został przekazany do podpisania Kierownikowi Zamawiającego tj. Zastępcy Dyrektora OR KRUS w Lublinie. Następnie, jak wyjaśnił Zamawiający, w dniu 11 września 2019 r. po uzyskaniu wszystkich niezbędnych podpisów na ww. dokumencie, przystąpiono do sporządzania kopii dokumentów. o które wnioskował Odwołujący. Komplet wyżej wymienionej dokumentacji w ilości 46 stron, w dniu 12 września 2019 r. został poświadczony za zgodność z oryginałem zgodnie z § 11 pkt 9 Załącznika nr 4 do Zarządzenia Nr 36 Prezesa KRUS z dnia 3 sierpnia 2016 roku w sprawie realizacji w KRUS zamówień publicznych. Następnie ww. dokumentacja wraz z pismem przewodnim została przesłana w postaci 3 wiadomości e-mail wraz z załącznikami do Odwołującego.

W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, udostępnienie Odwołującemu wnioskowanej dokumentacji nastąpiło bezzwłocznie. Zamawiający nie zgodził się także ze stanowiskiem jakoby Odwołujący dysponował jedynie dwoma dniami roboczymi na sporządzenie odwołania. Informację o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłano wykonawcom drogą elektroniczną dnia 9 września 2019 r., koniec pięciodniowego terminu do złożenia odwołania przypadał na sobotę 14 września 2019 r., zatem termin do złożenia odwołania upływał w poniedziałek 16 września 2019 r. Odwołujący miał zatem 7 dni na sporządzenie i złożenie odwołania.

W dniu 19 września 2019 r. stanowisko na piśmie przedstawił także wykonawca AWK Instalacje wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie przedstawiono szczegółową argumentację odnoszącą się do zarzutów nr 1-3 odwołania, wskazującą na ich bezzasadność. Ponadto ww. wykonawca załączył dowody z dokumentów na okoliczność wykazania, że system VRV i VRF to różne określenia tego samego typu klimatyzacji o zmiennej ilości przepływu czynnika z tym, że określenie VRV to nazwa zastrzeżona przez twórcę tego systemu firmę Daikin. Złożył także dokumenty związane z realizacją robót budowlanych przedstawionych w wykazie przedstawionym Zamawiającemu (oferty i umowę).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 27 września 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę AWK Instalacje Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Lublinie wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, przy czym zakresem zaskarżenia objął on ofertę wybranego wykonawcy. Skuteczność wniesionego odwołania mogłaby prowadzić do wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji do istotnych zmian w rankingu ofert powodujących, że oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą według ustalonych kryteriów oceny ofert. Powyższe niewątpliwie powoduje, że potencjalne stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp we wskazanym w odwołaniu zakresie pozbawiać może Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SIWZ, informację z otwarcia ofert, treść oferty Przystępującego oraz dokumenty złożone przez niego na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwanie Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty

z dnia 30 sierpnia 2019 r., pismo Przystępującego z dnia 2 września 2019 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 9 września 2019 r., jak również korespondencję prowadzoną pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym w zakresie udostępnienia dokumentacji postępowania. Izba wzięła pod uwagę także stanowiska Stron i Uczestnika postępowania przedstawione w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 27 września 2019 roku, jak również wnioskowane przez ww. podmioty dowody w postaci: wydruków ze stron internetowych ; , ; pisma Daikin, umowy z dnia 11 lipca 2016 r. zawartej przez Przystępującego z Sądem Apelacyjnym w Lublinie i oferty złożonej na realizację ww. umowy; oferty na realizację umowy z Grupą Azoty Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. (dowody załączone przez Przystępującego do pisma procesowego); Zarządzenia nr 36 z 3 sierpnia 2016 r. Prezesa KRUS w sprawie realizacji w KRUS zamówień publicznych, do których stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wraz z Zarządzeniem nr 32 z 7 czerwca 2017 r. zmieniającym ww. Zarządzenie (dokumenty załączone do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie).

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 3 SIWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie instalacji klimatyzacji w wybranych pomieszczeniach biurowych i na sali obsługi interesantów siedziby Oddziału Regionalnego KRUS w Lublinie w oparciu o system (chłodząco-grzewczy) typu VRF (Variable Refrigerant Flow) wraz z instalacjami automatyki oraz elektryczną, odprowadzenia skroplin i niezbędnymi robotami budowlanymi (związanymi z wykonaniem tych instalacji) w tym między innymi z konstrukcją wsporczą dla jednostek zewnętrznych klimatyzacji.

W pkt 4.1 SIWZ Zamawiający wskazał, iż zamówienie należy wykonać w terminach: nie później niż do 23 grudnia 2019 r.

W pkt 5.2 ppkt 3 lit. a) SIWZ wskazano, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - warunek udziału w zakresie doświadczenia zawodowego: Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeżeli Wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej 3 roboty budowlane, każda polegająca m.in. na montażu systemów klimatyzacji typu VRF (Variable Refrigerant Flow) i o wartości każdej z nich nie mniejszej niż 200 000 zł. (słownie: dwieście tysięcy złotych) każda.

Zgodnie z pkt 6.2 B ppkt 3 SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żąda wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

W pkt 13.1 SIWZ Zamawiający przedstawił opis kryteriów oceny ofert: cena (o wadze 60%), okres gwarancji i rękojmi (o wadze 24%), czas wykonania zamówienia (o wadze 10%), czas naprawy (o wadze 6%). Odnośnie kryterium „Czas wykonania zamówienia” Zamawiający w pkt 13.2 SIWZ wskazał, iż ocena w zakresie tego kryterium zostanie dokonana na podstawie wypełnionego załącznika pn. „Formularz Oferty” i złożonej w nim deklaracji Wykonawcy. Punkty w tym kryterium przyznawane będą w sposób następujący: do 23 grudnia 2019 r. - 0 pkt; do 20 grudnia 2019 r. - 1 pkt; do 18 grudnia 2019 r. - 2 pkt, do 16 grudnia 2019 r. - 3 pkt; do 13 grudnia 2019 r. - 4 pkt; do 11 grudnia 2019 r. - 5 pkt; do 9 grudnia 2019 r. - 6 pkt; do 6 grudnia 2019 r. - 7 pkt; do 4 grudnia 2019 r. - 8 pkt; do 2 grudnia 2019 r. - 9 pkt; do 29 listopada 2019 r. - 10 pkt. Maksymalna ilość punktów jaką Zamawiający może przyznać w tym kryterium to 10 pkt.

Zgodnie z § 5 ust. 3 wzoru umowy termin ustalony w ust. 1 niniejszego paragrafu może ulec zmianie w przypadku wystąpienia opóźnień wynikających z 1) działania siły wyższej (np. klęski żywiołowe), mającej bezpośredni wpływ na terminowość wykonywania robót; 2) wystąpienia okoliczności, których strony umowy nie były w stanie przewidzieć, pomimo

zachowania należytej staranności; 3) gdy wystąpią niekorzystne warunki atmosferyczne uniemożliwiające prawidłowe wykonanie robót, w szczególności z powodu technologii realizacji prac określonej: umową, normami lub innymi przepisami, wymagającej konkretnych warunków atmosferycznych, jeżeli konieczność wykonania prac w tym okresie nie jest następstwem okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Z kolei w myśl § 5 ust. 5 wzoru umowy w przedstawionych w ust. 3 przypadkach wystąpienia opóźnień, strony ustalą nowe terminy z tym, że maksymalny okres przesunięcia terminu zakończenia realizacji przedmiotu umowy równy będzie okresowi przerwy lub przestoju i będzie przypadał w 2019 r.

W postępowaniu wpłynęło sześć ofert, w tym Odwołującego i Przystępującego.

Przystępujący w formularzu ofertowym wskazał, iż oferuje czas realizacji zamówienia do „9 grudnia”.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący złożył m.in. wykaz wykonanych robót budowlanych, w którym powołał się na następujące roboty budowlane:

1. Instalacja klimatyzacji w budynku hali produkcyjnej i pomieszczeń biurowych (w zakres, których wchodziły roboty polegające na: dostawie urządzeń dla 5 systemów VRV i 1 systemu Split; montażu urządzeń klimatyzacyjnych [5 jedn. zewn. VRV + 30 jedn. wewn. Oraz 1 system Split]; wykonaniu instalacji freonowej, skroplinowej i sterowniczej; uruchomieniu instalacji) o wartości brutto 469 860,00 zł, zrealizowane w okresie 25 czerwca 2018 r. - 15 listopada 2018 r. na rzecz ELPES Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie;
2. Wykonanie dokumentacji projektowej instalacji klimatyzacji pomieszczeń Sądu Rejonowego Lublin-Zachód w Lublinie i zrealizowanie robót na podstawie ww. dokumentacji (w zakres, których wchodziły roboty polegające na: wykonaniu dokumentacji projektowej instalacji klimatyzacji; dostawie urządzeń dla 4 systemów VRV i 2 systemów Split; montażu urządzeń klimatyzacyjnych [4 jedn. zewn. VRV + 59 jedn. wewn. Oraz 2 systemy Split]; wykonaniu instalacji freonowej, skroplinowej, zasilającej i sterowniczej; uruchomienie instalacji) o wartości brutto 458 454,41 zł, zrealizowane w okresie 11 lipca 2016 r. - 30 września 2016 r. na rzecz Skarbu Państwa - Sądu Apelacyjnego w Lublinie;
3. Instalacja klimatyzacji w budynku B-8 (w zakres, których wchodziły roboty polegające na: wykonaniu projektów budowlano-wykonawczych instalacji klimatyzacji; dostawie urządzeń dla 2 systemów VRV; montażu urządzeń klimatyzacyjnych [2 jedn. zewn. VRV + 75 jedn. wewn.]; wykonaniu instalacji freonowej, skroplinowej, zasilającej i sterowniczej; uruchomieniu instalacji) o wartości brutto 471 287,79 zł, zrealizowane w okresie 9 października 2014 r. - 30 kwietnia 2014 r. na rzecz Grupy Azoty Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. z siedzibą w Puławach.

Przystępujący złożył także list referencyjny wystawiony przez ELPES Sp. z o.o. z dnia

27 marca 2019 r., poświadczenie Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 23 listopada 2016 r. oraz list referencyjny wystawiony przez Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. z dnia 20 października 2016 r., potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych

w wykazie. W poświadczeniu wystawionym przez Dyrektora Sądu Apelacyjnego w Lublinie

wskazano, iż w ramach zleconych prac AWK Instalacje wykonała projekt budowlano - wykonawczy, dostawę, montaż i uruchomienie urządzeń klimatyzacyjnych typu VRF firmy Aermec (4 szt. jedn. zewn. + 59 szt. jedn. wewn.) i 2 kpl klimatyzatorów typu Split firmy Samsung

wraz z wykonaniem instalacji freonowej, odprowadzania skroplin, instalacji elektrycznej

zasilającej i sterowniczej oraz obsługą serwisową z 60 miesięcznym okresem gwarancji. Wskazano, że wartość zleconych prac wyniosła 458 454,41 zł. W liście referencyjnym wystawionym przez Zakłady Azotowe „Puławy” S.A. wskazano, iż roboty z zakresu instalacji klimatyzacji wykonane przez AWK Instalacje prowadzone były w dwóch etapach i obejmowały: I etap: wykonanie projektów budowlano-wykonawczych w branżach sanitarnej, budowlanej

i elektrycznej wraz z opiniami, uzgodnieniami, pozwoleniami koniecznymi do uzyskania decyzji

administracyjnych na pozwolenie na budowę; II etap: wykonanie układów klimatyzacji typu VRV firmy DAIKIN (2 szt. jedn. zewn. + 75 szt. jedn. wewn.) wraz z robotami z branży budowlanej i elektrycznej zgodnie z projektem i pozwoleniem na budowę. Wskazano, że wartość zleconych prac wynosiła 471 287,79 zł.

W dniu 30 sierpnia 2019 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących terminu wykonania zamówienia podanego w ofercie. Poprosił o informację, w jakim terminie wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia. Przystępujący pismem z dnia 2 września 2019 r. wyjaśnił, iż zadeklarowany termin wykonania zamówienia to dzień 9 grudnia 2019 r. zgodnie z pkt 13.2 SIWZ, w którym Zamawiający jednoznacznie określił oczekiwane terminy.

W dniu 9 września 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę Przystępującego, która uzyskała łącznie 96 pkt. W rankingu ofert, wedle ustalonych kryteriów oceny, na pozycji drugiej znalazła się oferta Odwołującego z liczbą 94,40 pkt.

Izba ustaliła także, iż Odwołujący w dniu 10 września 2019 r. wystąpił do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie protokołu postępowania oraz przesłanie skanów wszystkich dokumentów złożonych, uzupełnionych przez wykonawcę AWK Instalacje. Wniosek został ponowiony w dniu 11 września 2019 r. oraz 12 września 2019 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu kopię wnioskowanych dokumentów w dniu 12 września 2019 r.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ w zakresie terminu wykonania przedmiotu zamówienia Izba uznała za chybiony.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Z kolei jak stanowi art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwołujący upatrywał niezgodności oferty Przystępującego z treścią SIWZ w okoliczności, iż w formularzu ofertowym ww. wykonawca zadeklarował, iż oferuje czas realizacji zamówienia do „9 grudnia”, bez określenia roku. W ocenie Izby argumentacja Odwołującego jawi się jako bezzasadna. Po pierwsze należy wskazać na treść SIWZ, gdzie Zamawiający w pkt 4 w sposób jednoznaczny określił, iż termin realizacji zamówienia musi nastąpić nie później niż do 23 grudnia 2019 r. Również treść pkt 13.2 SIWZ odnosząca się do punktacji w ramach kryterium „Czas wykonania zamówienia” referowała bezpośrednio do dat przypadających w 2019 r., wskazując m.in., iż za zaoferowanie czasu wykonania zamówienia do 9 grudnia 2019 r. wykonawca otrzyma 6 pkt. Zamawiający jasno wskazał, iż ocenie w ramach ww. kryterium podlegał będzie czas wykonania zamówienia podany w formularzu oferty. A zatem nie budzi żadnych wątpliwości, że wykonawcy w formularzu ofertowym wskazywali daty mieszczące się w okresie od 29 listopada 2019 r. (data najwyższej punktowania) do 23 grudnia 2019 r. (data najniższej punktowania). Wobec tego słusznie wskazywał Zamawiający na rozprawie, że jedyną zmienną na potrzeby oceny ofert był dzień i miesiąc realizacji zamówienia, kwestią zaś oczywistą była okoliczność, że data ta miała przypadać w bieżącym roku kalendarzowym.

W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, że podanie przez Przystępującego w treści formularza ofertowego daty „9 grudnia” zamiast „9 grudnia 2019 r.” świadczyć miało o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Okolicznością nie budzącą wątpliwości Izby było to, że intencją Przystępującego było określenie terminu realizacji do dnia 9 grudnia 2019 r. Twierdzenia Odwołującego, iż zamiarem Przystępującego mogło być zadeklarowanie terminu do 9 grudnia 2020 r. są pozbawione logiki – takie działanie pozostawałoby w ewidentnej sprzeczności z przedmiotem zamówienia, którego maksymalny termin realizacji został ustalony do 23 grudnia 2019 r. Nie sposób uznać, żeby zamiarem racjonalnego wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia było zaoferowanie terminu realizacji tego zamówienia przekraczającego o prawie rok termin maksymalny wynikający z dokumentacji postępowania.

Izba zgodziła się z Przystępującym, że przy ocenie przedmiotowej sytuacji należy uwzględnić treść art. 65 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, dalej jako „k.c.”) – ww. przepis znajduje w sprawie zastosowanie z uwagi na

odesłanie zawarte w art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ponadto, jak wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy, wykładania oświadczenia woli powinna również uwzględniać cel w jakim zostało ono złożone oraz kontekst sytuacyjny (por. m.in. wyrok SN z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt V CSK 436/12). Okoliczności te mają, w ocenie Izby, doniosłość dla zrekonstruowania treści myślowych wyrażonych w oświadczeniu woli i pozwalają ustalić właściwy sens tego oświadczenia. W przedmiotowym stanie faktycznym wykładnia oświadczenia woli Przystępującego w zakresie odnoszącym się do czasu wykonania zamówienia, przy zastosowaniu wyżej wskazanych reguł wykładni, nie budziła wątpliwości interpretacyjnych. Brak wskazania roku w treści formularza ofertowego, w tej konkretnej sytuacji, pozostawał bez jakiegokolwiek znaczenia dla możliwości oceny oferty Przystępującego w ramach ustalonych kryteriów oceny ofert i jej zgodności z treścią SIWZ. Przeciwnie podejście prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego formalizmu i eliminacji z postępowania ofert spełniających wymagania zamawiającego i odpowiadających SIWZ.

Izba nie stwierdziła także, aby wezwanie Przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 do wyjaśnienia treści oferty w zakresie daty wykonania zamówienia prowadziło do niedopuszczalnych ustawą negocjacji treści oferty. Na skutek wyjaśnień nie doszło do zmiany treści oferty, a jedynie potwierdzono okoliczność, że wskazana w formularzu ofertowym data dotyczyła roku bieżącego. W dokumentacji postępowania brak jest jakichkolwiek dokumentów, które świadczyłyby o tym, że pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym doszło do negocjacji treści oferty ani o tym, że treść tej oferty uległa zmianie. Tym samym również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest zarzutem chybionym.

Ocena czy niedokładność w ofercie Przystępującego mogłaby zostać przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 - 3 ustawy Pzp nie stanowi przedmiotu rozstrzygnięcia Izby z tego względu, że Odwołujący w odwołaniu nie postawił zarzutów w tym zakresie. Odwołujący dopiero na rozprawie, jako ewentualny i podnoszony z ostrożności, podnosił zarzut zaniechania poprawienia przez Zamawiającego omyłki w ofercie Przystępującego. W treści odwołania wskazywał jednak jedynie, iż niedokładność ta nie może podlegać poprawieniu we wskazanym powyżej trybie, a nie że Zamawiający nie dokonał poprawienia oferty Odwołującego, co powinien być uczynić. Izba wskazuje, iż podstawą zarzutu jest nie tylko przywoływana podstawa prawna, ale również konkretna i precyzyjna podstawa faktyczna. To na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar skonkretyzowania stawianych zarzutów na wspomnianych wyżej płaszczyznach. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne. Jeżeli zatem podnoszone przez odwołującego w toku rozprawy przed Izbą okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, brane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 433/18). Przy czym Izba raz jeszcze podkreśla, że w przedmiotowej sprawie merytoryczna treść oświadczenia woli Przystępującego i jego intencja w zakresie zaoferowanego czasu wykonania zamówienia była możliwa do ustalenia w sposób jednoznaczny już na podstawie treści formularza ofertowego, a dodatkowo potwierdzona została w wyjaśnieniach złożonych przez niego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Za niepotwierdzony Izba uznała także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp dotyczący kwestii spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 5.2 ppkt 3 lit. a) SIWZ. Zarzut ten Odwołujący opierał na dwóch aspektach: po pierwsze na okoliczności, że Zamawiający nie był w stanie ocenić na potrzeby weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jaką część zrealizowanych przez Przystępującego robót budowlanych wskazanych w złożonym wykazie stanowiły faktycznie roboty budowlane polegające na montażu systemów klimatyzacji VRF o wartości nie mniejszej niż 200 000 zł, a jaką prace projektowe lub też świadczenie innych usług, po drugie zaś na przedstawieniu referencji na montaż systemów klimatyzacji innego typu niż wymagany, tj. VRV zamiast VRF.

Dla oceny pierwszej z ww. kwestii zasadnicze znaczenie miała treść warunku udziału w postępowaniu wskazana w punkcie 5.2 ppkt 3 lit. a) SIWZ. Literalne brzmienie ww. warunku w sposób jednoznaczny wskazuje na następujące wymogi: 1) każda z trzech podanych w wykazie robót budowlanych musiała polegać m.in. na montażu systemów klimatyzacji typu VRF; 2) każda z trzech robót budowlanych musiała mieć wartość nie mniejszą niż 200 000 zł. Zamawiający nie wymagał od wykonawców, aby roboty budowlane obejmowały swym zakresem wyłącznie montaż systemów klimatyzacji typu VRF, lecz aby montaż systemów klimatyzacji typu VRF był jedną z prac wchodzących w zakres wykonanych robót budowlanych, o czym świadczy użycie sformułowania „m.in.” (tj. między innymi czyli w tym, wśród nich). Przy czym nie można tracić z oczu, że prace projektowe czy serwisowe zwykłe

stanowią element zamówień na wykonanie instalacji klimatyzacji, często prowadzonych w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Zamawiający nie wymagał również, aby prace związane z montażem systemów klimatyzacji typu VRF stanowiły określoną (w sposób ułamkowy czy też inny) część robót budowlanych. Wreszcie Zamawiający nie odnosił wymogu dotyczącego wartości robót budowlanych do montażu systemów klimatyzacji typu VRF, lecz do robót budowlanych jako całości, co wynika w sposób jednoznaczny z treści warunku udziału w postępowaniu. Twierdzenia Odwołującego, jakoby wartość 200 000 zł należało odnosić do prac polegających na montażu systemów klimatyzacji typu VRF są zatem bezpodstawne. Jedynie na marginesie należy dodać, że złożone przez Przystępującego jako dowód oferty na realizację zamówień na rzecz Sądu Apelacyjnego w Lublinie oraz Zakładów Azotowych „Puławy” S.A. wskazują jednoznacznie, iż wartość tych właśnie prac, tj. prac związanych z montażem systemów klimatyzacji, w sposób zdecydowany przekraczała kwotę 200 000 zł.

Oceniając drugi z aspektów wskazywanych w odwołaniu w kontekście niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, iż twierdzenia Odwołującego o tym, że przedstawione przez Przystępującego roboty budowlane i referencje dotyczyły montażu klimatyzacji innego typu niż wymagany w treści warunku nie zostały przez niego udowodnione. W treści odwołania wskazano jedynie, że Przystępujący przedstawił referencje na montaż systemów klimatyzacji innego typu, tj. VRV, wywodząc z tego, że nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko Odwołującego pozostało jednak całkowicie gołosłowne - nie tylko nie przedstawił on w odwołaniu żadnej argumentacji, która uzasadniałaby stawianą tezę o tym, że systemy VRV i VRF stanowią inne typy systemów klimatyzacji, ale również nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na poparcie własnego stanowiska. Tymczasem zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący przedstawili argumentację przeciwną do stanowiska Odwołującego. W szczególności wskazali oni, iż oznaczenia VRV i VRF są to dwa różne terminy określające tę samą technologię, wyjaśniając, że VRV jest znakiem handlowym firmy Daikin Industries Ltd., która wprowadziła ten system na rynek, wobec czego wszystkie inne firmy, które „kopiują” tę technologię nazywają ją VRF. Powyższe znajduje potwierdzenie w dowodach złożonych przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym, z których wynika także, że nazwa VRV funkcjonuje równolegle z określeniem VRF, są to te same systemy z tą różnicą, że skrót VRV to zastrzeżona nazwa jednego z producentów (Daikin), natomiast wszystkie tego typu układy (pomimo różnych innych nazw poszczególnych producentów) są to układy VRF, ze zmiennym przepływem czynnika chłodniczego.

Pomimo, iż Przystępujący wykazał się stosunkowo szeroką inicjatywą dowodową, Odwołujący pozostał bierny i w trakcie rozprawy nie tylko nie przedstawił w tym zakresie żadnej kontrargumentacji, ale również nie złożył jakichkolwiek dowodów, które przeczyłyby twierdzeniom strony przeciwnej. W tym stanie rzeczy nie sposób uznać, aby sprostął on ciężarowi na nim obowiązkowi dowodowemu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na Odwołującym spoczywa ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt KIO 1911/16).

W świetle powyższego brak było podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 5.2 pkt 3 lit. a) SIWZ, a zatem nie zachodziła podstawa do wykluczenia go z postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W konsekwencji niezasadny okazał się także zarzut naruszenia art. 26 ust 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnienia treści przedłożonych poświadczeń i referencji potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych w wykazie, jako że wobec spełnienia przez Przystępującego spornego warunku udziału w postępowaniu wezwanie do wyjaśnień byłoby niecelowe.

Jedynie na marginesie Izba wskazuje, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wskazany w odwołaniu jako podstawa prawna zarzutu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert, nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych. Przepis ten dotyczy postępowań prowadzonych w trybach dwuetapowych i obejmuje przypadki, w których wykonawca nie zakwalifikowany do kolejnego etapu mimo wszystko składa ofertę. Tym samym ww. regulacja nie znajduje zastosowania w tej sprawie, jako że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego. W takiej sytuacji wykluczenie wykonawcy z postępowania rodzi skutek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, tj. uznania oferty takiego podmiotu za odrzuconą, co następuje ex lege.

Również czwarty z podniesionych zarzutów odwołania związany z zarzucaną Zamawiającemu zwłoką w udostępnieniu dokumentacji postępowania i wskazujący na

naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 8 ust 1-3 oraz art. 96 ust 3 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust 5 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała za niepotwierdzony.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W art. 8 ust. 1 - 3 ustawy Pzp znalazły się regulacje ogólne odnoszące się do prymatu zasady jawności w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 96 ust. 3 ustawy Pzp protokół wraz z załącznikami jest jawny. Załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z tym że oferty udostępnia się od chwili ich otwarcia, oferty wstępne od dnia zaproszenia do składania ofert, a wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od dnia poinformowania o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z kolei jak stanowi § 4 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1128) Zamawiający udostępnia wnioskodawcy protokół lub załączniki niezwłocznie. W wyjątkowych przypadkach, w szczególności związanych z zapewnieniem sprawnego toku prac dotyczących badania i oceny ofert, zamawiający udostępnia odpowiednio oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w terminie przez siebie wyznaczonym, nie później jednak niż odpowiednio w dniu przekazania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty lub w dniu przekazania informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków albo w dniu przekazania informacji o unieważnieniu postępowania.

Powyższe regulacje jednoznacznie nakładają na Zamawiającego obowiązek niezwłocznego udostępnienia wykonawcom protokołu i jego załączników. Jest to uzasadnione przede wszystkim relatywnie krótkimi terminami na wniesienie środków ochrony prawnej, w szczególności w postępowaniach, których wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Przekazanie dokumentacji, o którą zawnioskowano 10 września 2019 r. dopiero w dniu 12 września 2019 r., teoretycznie mogło wpływać na skuteczność wniesionego środka odwoławczego, do którego zastosowanie miał pięciodniowy termin ustawowy. Natomiast zważywszy na okoliczności stanu faktycznego należy wskazać, iż Odwołujący nie podjął próby wykazania, że przekazanie mu żądanych dokumentów dwa dni po złożeniu wniosku realnie i faktycznie utrudniło mu sporządzenie odwołania i że przekazanie dokumentacji w terminie wcześniejszym pozwalałoby mu na podniesienie zarzutów w szerszym niż wskazany w odwołaniu zakresie, mogącym wpływać na jego skuteczność. Nie bez znaczenia dla oceny tej sytuacji pozostaje także okoliczność, iż ostatni dzień terminu na wniesienie odwołania upływał w sobotę, co powoduje, że termin ten de facto przedłużył się Odwołującemu o dwa dni. Odwołujący nie wykazał zatem również, że ewentualne uchybienie po stronie Zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Z kolei Zamawiający swoją argumentację o konieczności zastosowania się do obowiązujących go procedur wewnętrznych, co wskazywał jako przyczynę zwłoki w udostępnieniu dokumentacji, potwierdził dowodami w postaci Zarządzenia nr 36 z 3 sierpnia 2016 r. Prezesa KRUS w sprawie realizacji w KRUS zamówień publicznych, do których stosuje się przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych wraz z Zarządzeniem nr 32 z 7 czerwca 2017 r. zmieniającym ww. Zarządzenie. Treść tych dokumentów i wynikających z nich obowiązków Zamawiającego oraz członków Komisji Przetargowej nie była w postępowaniu odwoławczym kwestionowana. Tym samym materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie dawał podstaw do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

