Sygn. akt: KIO 2500/20, KIO 2543/20

WYROK
z dnia 29 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Przemysław Dzierzędzki
Protokolant:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A)w dniu 2 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku** oraz **Sprint S.A. w Olsztynie** (sygn. akt KIO 2500/20),

B)w dniu 5 października 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T4B sp. z o.o. w Warszawie** oraz **MAXTO Technology sp. z o.o. sp.k. w Modlniczce** (sygn. akt KIO 2543/20)

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T4B sp. z o.o. w Warszawie** oraz **MAXTO Technology sp. z o.o. sp.k. w Modlniczce,**zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku** oraz **Sprint S.A. w Olsztynie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2543/20 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.**uwzględnia częściowo odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym:**
   a)wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T4B sp. z o.o. w Warszawie oraz MAXTO Technology sp. z o.o. sp.k. w Modlniczce w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.2.1 SIWZ,
   b)wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T4B sp. z o.o. w Warszawie oraz MAXTO Technology sp. z o.o. sp.k. w Modlniczce w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4.2.2. SIWZ,

2.**w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20,**

3.**umarza postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 2543/20 w części dotyczącej:**
   a)zarzutu nr 1, to jest naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku oraz Sprint S.A. w Olsztynie,
   b)zarzutu zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku oraz Sprint S.A. w Olsztynie do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9 SIWZ z tego powodu, iż z oświadczeń i dokumentów złożonych przez ww. wykonawców nie wynika potwierdzenie spełnienia ww. warunków,

4.**w pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2543/20,**

5.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 obciąża **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni** w części ½ i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku** oraz **Sprint S.A. w Olsztynie** w części ½ i:
   5.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku oraz Sprint S.A. w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania,
   5.2.zasądza od **PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku** oraz **Sprint S.A. w Olsztynie** kwotę **11.914 zł 50 gr** (słownie: jedenastu tysięcy dziewięciuset czternastu złotych pięćdziesięciu groszy),

6.kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2543/20 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T4B sp. z o.o. w Warszawie** oraz **MAXTO Technology sp. z o.o. sp.k. w Modlniczce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **T4B sp. z o.o. w Warszawie** oraz **MAXTO Technology sp. z o.o. sp.k. w Modlniczce** 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 2019 r. poz. 1843 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2500/20, KIO 2543/20

U z a s a d n i e n i e

PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w Gdyni, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa zintegrowanego systemu monitorowania bezpieczeństwa oraz zarządzania informacją na linii kolejowej nr 250 wraz z modernizacją budynku Dworca Podmiejskiego w Gdyni oraz peronu SKM”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 kwietnia 2020 r. nr 2020/S 074-177177.

24 września 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Poleko Budownictwo sp. z o.o. w Gdańsku oraz Sprint S.A. w Olsztynie, zwanych dalej „odwołującym Poleko” o wyborze

jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T4B sp. z o.o. w Warszawie oraz MAXTO Technology sp. z o.o. sp.k. w Modlniczce, zwanego dalej „przystępującym T4B".

W dniu 2 października 2020 r. oraz 5 października 2020 r. do Prezesa Izby wpłynęły odwołania złożone przez odpowiednio odwołującego Poleko i odwołującego T4B. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 2500/20 oraz sygn. akt KIO 2543/20.

Odwołujący Poleko wniósł odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 wobec czynności wyboru oferty przystępującego T4B jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Poleko zarzucił zamawiającemu naruszenie

I. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 66 Kodeksu Cywilnego poprzez niezasadne przyjęcie przez zamawiającego możliwości dokonania poprawy w formularzu oferty ceny wykonania przedmiotu zamówienia, a mianowicie dokonanie poprawy w formularzu oferty przystępującego T4B - w ten sposób, że w miejsce części łącznej ceny wskazanej za pełnienie nadzoru autorskiego na kwotę „15 210 000 zł netto + 3 498 300 zł (podatek VAT) = 18 708 300 zł brutto (słownie: osiemnaście milionów siedemset osiem tysięcy trzysta złotych" wpisano kwotę „836 550,00 zł netto + 192 406,50 zł (podatek VAT) = 1 028 956,50 zł brutto (słownie: jeden milion dwadzieścia osiem tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt sześć złotych pięćdziesiąt groszy brutto" i uznanie tak dokonanej przez zamawiającego poprawy za inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ"), nie powodującą istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy wskutek tak dokonanej poprawy doszło do zmiany o charakterze istotnym w treści oferty; względnie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty T4B pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny;

II. art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp poprzez naruszenie, poprzez dokonanie powyższych czynności, statuowanego w tym przepisie zakazu, zgodnie z którym niedopuszczalne jest dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w treści oferty wykonawcy, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2;

III. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy T4B pomimo, że oferta ta podlegała odrzuceniu z uwagi na niezgodność jej treści z SIWZ, albowiem oferowana przez wykonawcę cena brutto za pełnienie nadzoru autorskiego przekracza 35% ceny brutto dokumentacji projektowej, tj. narusza zapis rozdziału XII ust. 12 SIWZ, zaś błędu w tej ofercie nie da się poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP;

IV. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy T4B jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną i tym samym najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

V. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także:

VI. art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez dokonanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w sposób opisany w pkt I powyżej pomimo, że błąd wykonawcy T4B nie stanowi omyłki rachunkowej w rozumieniu art. 87 ust. 1 pkt 2 PZP, a niezgodność treści oferty z SIWZ, a tym samym zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP;

VII. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z § 2 ust. 4 pkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r. poz. 1282, dalej: „Rozporządzenie") poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T4B oraz odrzucenia jego oferty, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

VIII.a nadto

IX. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy T4B do przedstawienia przyczyn o charakterze obiektywnym w celu wykazania, że wykonawca nie jest w stanie uzyskać referencji bądź innego dokumentu od podmiotu na rzecz którego usługa została wykonana;

X. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy T4B do przedstawienia informacji o zakresie oraz wartości zamówienia zrealizowanego przez poszczególnych członków Konsorcjum w odniesieniu do robót wykazanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej;

XI. art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T4B z postępowania pomimo, że wykonawca ten wprowadził (w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa) Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, zarówno w ofercie, jak i składanych w toku postępowania wyjaśnieniach składanych na wezwanie Zamawiającego;

XII. art. 24 ust. 1 pkt. 17 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T4B z postępowania pomimo, że wykonawca ten przedstawił (w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa) ww. informacje wprowadzające w błąd zamawiającego a powyższe miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, tj. uznanie przez zamawiającego, że wykonawca T4B spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz na wybór oferty T4B jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Poleko w sprawie KIO 2500/20 wniósł o nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego T4B,

b) powtórzenia czynności oceny oferty, wykluczenia wykonawcy T4B i odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz nakazanie zamawiającemu dokonania czynności oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Poleko podniósł, że zgodnie z formularzem ofertowym złożonym przez przystępującego T4B w dniu 30 lipca 2020 r. wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia: za łączną cenę brutto: 62 361 000,00 zł, w tym kwota netto 50 700 000,00 zł, wysokość podatku VAT 23%, tj. 11 661 000,00 zł, w tym:

1) za wykonanie dokumentacji projektowej 2 788 500 zł netto + 641 355 zł (podatek VAT) = 3 429 855 zł brutto,

2) za pełnienie nadzoru autorskiego 15 210 000 zł netto + 3 498 300 zł (podatek VAT) = 18 708 300 zł brutto.

Odwołujący Poleko wskazał, że zamawiający pismem z dnia 7 września 2020 r. zawiadomił wykonawcę T4B o poprawieniu omyłki w ofercie tego wykonawcy, przy czym zakwalifikował ją zarówno jako oczywistą omyłkę rachunkową (art. 87 ust. 2 pkt 2 PZP) oraz jednocześnie jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Zamiast kwoty za pełnienie nadzoru autorskiego 15 210 000 zł netto + 3 498 300 zł (podatek VAT) = 18 708 300 zł brutto, zamawiający wpisał: kwotę 836.550,00 zł netto + 192.406,50 zł (podatek VAT) = 1.028.956,50 zł brutto. Odwołujący Poleko wskazał także, że przystępujący T4B pismem z dnia 7 września 2020 r. poinformował zamawiającego, iż wyraża zgodę na dokonanie przez zamawiającego poprawy omyłki jaka wystąpiła w

złożonej przez niego ofercie.

Zdaniem odwołującego Poleko postępowanie zamawiającego naruszyło zasadę dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty wykonawcy, powodując naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i statuowanej tamże zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem odwołującego Poleko wskazanie przez wykonawcę T4B w treści jego oferty ceny za pełnienie nadzoru autorskiego na poziomie „15 210 000 zł netto + 3 498 300 zł (podatek VAT) = 18 708 300 zł brutto" nie może być traktowane jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawienie nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący Poleko wywiódł, że określenie ceny brutto za pełnienie nadzoru autorskiego w kwocie 18.708.300 zł brutto, w sytuacji gdy jednocześnie określono cenę brutto za wykonanie dokumentacji projektowej w kwocie 3 429 855 zł brutto naruszało zapisy Rozdziału XII ust. 12 SIWZ, w którym zamawiający wskazał, że *„Cena brutto za pełnienie nadzoru autorskiego nie może przekraczać 35% ceny brutto dokumentacji projektowej.* Odwołujący Poleko zwrócił uwagę, że zgodnie z formularzem ofertowym wykonawcy T4B oferowana cena brutto za pełnienie nadzoru autorskiego stanowi w przybliżeniu 546% ceny brutto dokumentacji projektowej, a więc niewątpliwie przekracza ustalony przez zamawiającego limit 35%.

Odwołujący Poleko wywiódł, że wprowadzenie poprawki spowodowało istotne zmiany w treści oferty wykonawcy T4B w ramach przedmiotowego zamówienia. Istotność tej zmiany polega na tym, iż zamawiający dostosował treść oferty wykonawcy T4B do wymogów wynikających z SIWZ tak, aby móc ominąć ciążący na nim obowiązek odrzucenia oferty tego wykonawcy wynikający z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący Poleko wywiódł, że dopuszczalne jest dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień. Zdaniem odwołującego powyższe jest o tyle istotne, że zamawiający w rozdziale X ust. 18 SIWZ wskazał, że:

Oferty nie odpowiadające zasadom określonym w ustawie Pzp oraz nie spełniające warunków ustalonych w niniejszej SIWZ zostaną odrzucone. W szczególności dotyczy to ofert, w których: - (…)
- cena brutto oferty za wykonanie dokumentacji projektowej (będąca częścią łącznej ceny oferty) przekroczy limit określony w Rozdziale XII pkt 11 SIWZ,
- cena brutto oferty za pełnienie nadzoru autorskiego (będąca częścią łącznej ceny oferty) przekroczy limit określony w Rozdziale XII pkt 12 SIWZ.

Odwołujący Poleko wywiódł, że przez ww. postanowienie SIWZ zamawiający podkreślił jak istotne znaczenie miało dla niego ustalenie przez wykonawców ceny brutto za pełnienie nadzoru autorskiego w limicie 35% ceny brutto za wykonanie dokumentacji projektowej. Argumentował, że nie można postanowień SIWZ potraktować jako niewiążących zaleceń w zakresie sporządzenia formularza ofertowego, ale za wiążące wymagania, których niespełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty. Skoro zamawiający zakwalifikował przekroczenie limitu ceny za nadzór jako powodujące odrzucenie oferty z powodu niegodności jej treści z SIWZ, to tym samym zakwalifikował a limine w SIWZ ten błąd jako istotny. Wyklucza to późniejszą możliwość zakwalifikowania błędu jako nieistotnego. W przypadku błędnego określenia oferowanej ceny nie może być mowy o jej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, albowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnej zmiany złożonego pierwotnie przez wykonawcę T4B oświadczenia woli co do oferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w celu dostosowania treści oferty tego wykonawcy do wymogów wynikających z SIWZ.

Odwołujący Poleko podniósł, że w analizowanej sprawie problem polega na tym, że błąd wykonawcy prowadzi do niemożności jego rozliczenia, zatem oferta podlega odrzuceniu bo nie można jej rozliczyć. Odwołujący Poleko podkreślił, że sankcję w postaci odrzucenia oferty, z uwagi na ustalenie ceny brutto za pełnienie nadzoru autorskiego w kwocie przekraczającej limit 35% ceny brutto za dokumentację projektową ustalił i wprowadził sam Zamawiający w treści SIWZ. Zdaniem odwołującego Poleko niekonsekwencja zamawiającego i wprowadzenie poprawki do oferty wykonawcy T4B – zamiast jej odrzucenia zgodnie z zapisami SIWZ – stoi w sprzeczności z wymaganiami i zasadami postępowania określonymi przez zamawiającego, do których on sam się dostosował, zaś dostosować się nie był w stanie wykonawca T4B, którego oferta powinna z tego powodu zostać odrzucona.

W dalszej części odwołania odwołujący Poleko zarzucił, że wykonawca T4B niezgodnie z treścią wezwania Zamawiającego z dnia 4.08.2020r., nie złożył wymaganego dowodu należytego wykonania usługi wykazanej na spełnienie warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w rozdz. V pkt. 2.2.1 SIWZ.

Odwołujący Poleko wskazał, w rozdziale V pkt 2.2.1 SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu zgodnie z którym *W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie następujące zamówienia (umowy), przynajmniej po jednym dla każdego poniższego punktu, o wartości (jednego zamówienia w punktach 2.2.1-2.2.3 i 2.2.5-2.2.6 oraz łącznej w punkcie 2.2.4) brutto w złotych lub jej równowartości w innej walucie nie mniejszej niż:*

2.2.1. 500 000 zł - na projekt budowlany i branżowe projekty wykonawcze (łącznie z aranżacją wnętrz oraz urządzeniami przeciwpożarowymi) budowy, rozbudowy albo przebudowy budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej przynajmniej 800 m2 (zatwierdzony decyzją zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwoleniu na budowę).

Odwołujący Poleko podniósł, że wykonawca T4B na spełnienie ww. warunku powołał się na realizację przez podmiot na zasobach którego wykonawca polega KOSZT-BUD D. M. zamówienia na: *„wykonanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy stadionu żużlowego przy ul. 6-go sierpnia 71 w Łodzi"* o wartości 698.649,00 zł brutto, a jako dowód należytego wykonania ww. usługi przedstawił oświadczenie KOSZT-BUD D. M. (wykonawcy usługi) oraz protokół przekazania dokumentacji zawierający ponownie wyłącznie oświadczenie KOSZT-BUD D. M. o należytym wykonaniu usługi. Odwołujący Poleko podniósł, że T4B wbrew wyraźnej treści wezwania zamawiającego z dnia 4.08.2020r. oraz wbrew § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia, wykonawca nie złożył referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot na rzecz którego usługa została wykonana, ani nie złożył żadnych wyjaśnień w zakresie wykazania, że istnieje obiektywna przyczyna uzasadniająca, że wykonawca nie jest w stanie tych dokumentów uzyskać. Odwołujący Poleko wyjaśnił, że treść § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia wskazuje na to, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podjąć starania w celu pozyskania dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie zamówienia od podmiotu, na rzecz którego było ono realizowane. Dopiero w sytuacji, gdy dokumentu takiego nie będzie w stanie pozyskać, uprawniony jest do złożenia w tym przedmiocie oświadczenia, przy czym brak możliwości pozyskania ww. dokumentu musi wynikać z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Z przepisu tego należy również wywieść, że składając zamawiającemu oświadczenie, o którym mowa powyżej, wykonawca

powinien wskazać zamawiającemu, że nie był w stanie pozyskać stosownych dokumentów, a zatem, że podjął środki w celu ich pozyskania, ale środki te okazały się nieskuteczne, a także określić przyczynę nie uzyskania takich dokumentów, przy czym przyczyna ta powinna mieć obiektywny charakter.

W dalszej części odwołania odwołujący Poleko podniósł, że wykonawca T4B nie wykazał również spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V punkt 2.2.3 SIWZ.

Odwołujący Poleko wskazał, w rozdziale V pkt 2.2.3 SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu zgodnie z którym *W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie następujące zamówienia (umowy), przynajmniej po jednym dla każdego poniższego punktu, o wartości (jednego zamówienia w punktach 2.2.1-2.2.3 i 2.2.5-2.2.6 oraz łącznej w punkcie 2.2.4) brutto w złotych lub jej równowartości w innej walucie nie mniejszej niż:*
8 000 000,00 zł - na budowę, rozbudowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej przynajmniej 800 m2; Zakres zrealizowanych robót budowlanych musi łącznie obejmować: roboty budowlano-konstrukcyjne oraz roboty elewacyjne oraz roboty instalacyjne polegające na łącznym wykonaniu wewnętrznych instalacji: sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej.
Odwołujący Poleko podniósł, że W celu spełnienia ww. warunku wykonawca T4B powołał się na zasób podmiotu trzeciego – spółki Merx sp. z o.o., która wykazała w formularzu JEDZ oraz w treści zobowiązania, że wykonała trzy następujące zamówienia, z których każde miało samodzielnie spełniać warunek postawiony w rozdz. V pkt. 2.2.3 SIWZ, tj.:
a) Sąd Apelacyjny w Białymstoku – „Rozbudowa i przebudowa budynku Sądu Rejonowego w Zambrowie przy Al. Wojska Polskiego 56" – zakres wykonanych prac obejmował roboty budowlano-konstrukcyjne, elewacyjne oraz instalacje sanitarne, elektryczne i teletechniczne, okres wykonania prac VII 2016 – III 2018, wartość 10 454 896,93 zł brutto, pow. użytkowa części nadziemnej 1789,20 m^2;
b) Akademia Sztuki Wojennej – Adaptacja budynku koszarowego nr 46 na obiekt o funkcji internatowo-hotelowej dla potrzeb kwaterowania uczestników procesów dydaktycznych na terenie ASW zakres wykonywanych prac obejmował roboty budowlano-konstrukcyjne, elewacyjne oraz instalacje sanitarne, elektryczne i teletechniczne, okres wykonywania prac VII 2015-XII 2016, wartość 12.800.000 zł brutto, pow. użytkowa części nadziemnej 2964,19 m^2;
c) Komenda Wojewódzkiej Policji w Radomiu – „Dokończenie budowy nowej siedziby dla Komendy Miejskiej Policji w Ostrołęce zakres wykonywanych prac obejmował roboty budowlano-konstrukcyjne, elewacyjne oraz instalacje sanitarne, elektryczne i teletechniczne, okres wykonania prac XI 2013 –VI 2014, wartość 12.381.266,82 zł brutto, pow. użytkowa części nadziemnej 5634 m^2.

Zdaniem odwołującego Poleko złożone na wezwania Zamawiającego referencje nie potwierdzają spełnienia tego warunku.
Ad. a) Zgodnie z treścią wystawionej przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku referencji, zamówienie na *„Rozbudowa i przebudowa budynku Sądu Rejonowego w Zambrowie przy Al. Wojska Polskiego 56*" było realizowane przez konsorcjum firm: TG1 sp. z o.o. sp. k., Merx sp. z o.o. oraz T4B sp. z o.o., a nie wyłącznie przez spółkę Merx sp. z o.o. W związku z tym, że w treści przedmiotowej referencji brak jest informacji dotyczących zakresu oraz wartości robót zrealizowanych przez każdego z Członków Konsorcjum, Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę T4B do złożenia wyjaśnień i dowodów zrealizowania zamówienia w zakresie zgodnym z wymogiem SIWZ.

Odwołujący Poleko powołał się na orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu. Zdaniem odwołującego Poleko zaniechanie tego obowiązku stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.
Ad. b)

Zdaniem odwołującego Poleko wykazane zamówienie nie spełnia definicji budynku użyteczności publicznej. Zgodnie z § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie:
„*budynek użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, wychowania, opieki zdrowotnej, społecznej lub socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny*"

Zdaniem odwołującego Poleko zgodnie z ww. przepisem ani internat ani hotel nie jest budynkiem użyteczności publicznej. Obiekt na którym pracowała spółka Merx sp. z o.o. zgodnie z § 3 pkt 5 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie spełnia funkcję budynku zamieszkania zbiorowego. Przedstawiona referencja nie potwierdza zatem spełnienia przez wykonawcę T4B warunku rozdz. V pkt. 2.2.3 SIWZ.

Ad. c)
Zdaniem odwołującego Poleko również ostatnia inwestycja nie potwierdza spełnienia warunku z rozdz. V pkt. 2.2.3 SIWZ. Wykonawca złożył Zamawiającemu nieprawdziwe oświadczenie w zakresie w jakim wskazał, że zamówienie obejmowało wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych. Taki zakres robót nie wynika z referencji, co więcej nie został wskazany w SIWZ ogłoszonej przez Komenda Wojewódzkiej Policji w Radomiu, którą odwołujący Poleko załączył jako dowód na wykazanie przedmiotowego faktu. W związku z faktem nie wykazania spełnienia przez wykonawcę T4B warunku z rozdz. V pkt. 2.2.3 SIWZ Zamawiający miał obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Dodatkowo odwołujący Poleko podniósł, że zgodnie z wymogiem sformułowanym przez zamawiającego wskazanego w rozdziale V punkt 4.2.2. SIWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie przez wykonawcę projektantem w specjalności instalacyjnej, posiadającym uprawnienia do projektowania w wymaganej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych. Projektant winien mieć uprawnienia do projektowania w ww. specjalności bez ograniczeń oraz co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie uprawnień w wymaganej specjalności, w tym przy realizacji co najmniej jednego opracowania projektowego dot. budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej przynajmniej 800 m^2. Zgodnie z SIWZ, w przypadku przedstawienia projektanta sprawdzającego Zamawiający uznawał, że warunek dysponowania ww. osobą nie jest spełniony.

Odwołujący Poleko podniósł, że zgodnie z kolei z punktem 3.23.3. PFU wymagana przez zamawiającego specjalizacja projektowa obejmować miała telekomunikację radiową i przewodową. Świadczy o tym zamieszczone poniżej stwierdzenie, w którym zamawiający odwołuje się do urządzeń radiołączności systemu DSR – Koliber. Według odwołującego Poleko wątpliwości co do faktu, iż zakres specjalizacji instalacyjnej winien obejmować telekomunikację radiową nie pozostawia ponadto punkt 3.7.2.33 PFU.

Odwołujący Poleko podniósł, że celem wykazania spełnienia ww. wymogu wykonawca T4B przedstawił w wykazie osób, stanowiącym załącznik nr 5 do oferty, Pana A. S., wskazując jego łącznie 80-miesięczne doświadczenie w różnych projektach. Jednym z nich, realizowanym na przestrzeni 24 miesięcy, począwszy od 06.2010 r., był projekt Warszawskiej Sieci Metropolitarnej – ponad 70 km linii światłowodowych, zrealizowany na rzecz Urzędu miasta stołecznego Warszawy. Odwołujący Poleko podniósł, że jak wynika z informacji uzyskanych przez niego, potwierdzonych projektami wykonawczymi sporządzonymi na potrzeby realizacji przedmiotowej inwestycji, Pan S. pełnił funkcję projektanta sprawdzającego.

Zdaniem odwołującego Poleko oznacza to, że 24-miesięczny okres uczestnictwa przez Pana S. w ww. projekcie nie może być zaliczony na poczet wymaganego przez zamawiającego 5-letniego doświadczenia. W konsekwencji stwierdzał, że Pan S. nie spełnia tego wymogu, gdyż pozostały okres jego doświadczenia opiewa na 56 miesięcy.

Niezależnie od tego odwołujący Poleko podniósł, że uprawnienia Pana S. są zbyt wąskie w kontekście wymogów PFU. Obejmują one bowiem wyłącznie telekomunikację przewodową, a nie przewodową i radiową.

Odwołujący Poleko podniósł, że wykonawca T4B nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V punkcie 4.2.2. SIWZ. Zdaniem odwołującego Poleko podanie nieprawdziwych informacji w tym względzie bez wątpienia wpłynęło w stopniu istotnym na decyzję zamawiającego w zakresie merytorycznego rozpoznania oferty Konsorcjum T4B i jej wyboru jako oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji nie została wdrożona procedura wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień poprzez przedstawienia innego doświadczenia Pana S. lub innego projektanta spełniającego przedmiotowy wymóg.

Odwołujący T4B w sprawie o sygn. akt KIO 2543/20 wniósł odwołanie wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego Poleko i zaniechania wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Odwołujący T4B zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez bezprawne i bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Poleko pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2)art. 24 ust. 1 pkt 12 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującemu Poleko z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V pkt 4.2.4 SIWZ;

3)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego Poleko do uzupełnienia:

- − informacji z KRK J. B. ;
- − zaświadczenia o niezaleganiu z opłaceniem składek ZUS dla Sprint SA;
- − oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych Konsorcjum Poleko lub osoby z kadry kierowniczej przystępującego Poleko (Project manager) lub ewentualnie wezwania do jego wyjaśnienia;
- − zobowiązania J. B. i Pomorskiego Przedsiębiorstwa Mechaniczno-Torowe Sp. z o.o. („PPMT sp. z o.o.") do udostępnienia potencjału;

4)art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego Poleko do wyjaśnienia treści wykazu robót budowlanych oraz jego uzupełnienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. V pkt 2.2.3, 2.2.4 i 2.2.7 – 2.2.9 SIWZ;

5)art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego Poleko do poprawienia wykazu osób w zakresie kierownika robót instalacyjnych;

6)art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego Poleko do uzupełnienia wykazu osób w zakresie kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;

7)art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący T4B wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1)powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2)odrzucenia oferty przystępującego Poleko;

3)wykluczenia przystępującego Poleko z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą lub ewentualnie

4)wezwanie wykonawcy Poleko do uzupełnienia i wyjaśnień treści dokumentów wskazanych powyżej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący T4B podniósł, że zamawiający w dokumentacji przetargowej (SIWZ rozdz. V, ust. 4 pkt 4.8) wymagał wskazania co najmniej dwóch osób posiadających aktualne certyfikaty na poziomie eksperckim (najwyższy stopień w ścieżce certyfikacji producenta) w zakresie dostarczanych urządzeń sieciowych. Odwołujący T4B wywiódł, że Konsorcjum Poleko w wykazie osób wskazało takie dwie osoby, dla których zostały podane posiadane przez nie certyfikaty Extreme w różnym zakresie kompetencji. Zdaniem odwołującego T4B wskazanie wyłącznie certyfikatów Extremee Networks wskazuje jednoznacznie, że Konsorcjum Poleko zaoferowało wyłącznie przełączniki tego producenta, a co za tym idzie urządzeń spełniających wymagania opisane w PFU należy szukać w gamie urządzeń oferowanych przez firmę Extreme Networks. Analizując portfolio urządzeń oferowanych przez firmę Extreme Networks odwołujący T4B stwierdził, że nie ma przełączników sieciowych typ 2, które spełniały by wszystkie wymagania Zamawiającego.

W ocenie odwołującego T4B nie ma możliwości zaoferowania przełącznika typu 2, spełniającego wymagania PFU, który pochodziłby z oferty Extreme Networks. W PFU Rozdział II ust. 3.23.2 *Sieci i urządzenia aktywne*, dla urządzenia Przełącznik typ 2 - Szkieletowy Zamawiający określił między innymi następujące wymagania:

- *Rodzaj - Przełącznik szkieletowy 10GbE warstwy 3, zarządzalny;*
- *Budowa - Pasywna (bezwentylatorowa) konstrukcja o wysokości 1U*
- *Ilość portów:*
  - *Min. 4 porty 10GbE SFP+;*
  - *Min. 8 portów 10/100/1000BaseT(X);*
  - *Min. 8 porty 100/1000BaseSFP;*
  - *Min. 2 Gigabitowe Porty Combo (w zależności od potrzeb do wyboru porty 10/100/1000 BaseT(X) lub 100/1000BaseSFP);*
  - *port konsolowy USB lub RJ45;*
- *Obsługa protokołów i standardów: LLDP, Port Mirror, RMON, DHCP Server/Client, DHCP Option 66/67/82, 802.1Q, 802.1p, TFTP, SMTP, RARP, Syslog, MSTP, RSTP,*

LACP;
• Protokoły Routingu - Static Routing, RIPV1/V2, OSPF;
• Synchronizacja czasu - NTP Server/Client;
• Bezpieczeństwo:
o RADIUS, SSL (zarządzanie), SSH;
o Zabezpieczenie przed burzą broadcastową;
o Możliwość blokowania nieautoryzowanych adresów MAC;
• Tablica MAC - Co najmniej 16k;
• Rozmiar ramki Jumbo - Co najmniej 9000B;
• Kolejki priorytetów - Co najmniej 4;
• Obsługa Ringu - TAK, czas przełączenia Ringu nie więcej niż 50ms (przy pracy 30 przełączników w pierścieniu);
• Konfiguracja - port konsolowy, przeglądarka internetowa (HTTPS);
• Diagnostyka - SNMPv1/v2c/v3;
• Zasilanie - Redundantne izolowane wejście zasilania;
• Obudowa – Metalowa;
• Poziom szczelności - Co najmniej IP30;
• Praca w zakresie temperatur - Co najmniej -10°C do +60°C;
• Montaż - RACK 19";
• MTBF - min. 220 000 hrs;
• Urządzenie musi być przystosowane do zastosowań kolejowych pod kątem emisji i odporności elektromagnetycznej.

Zdaniem odwołującego T4B zawsze któryś z przełączników nie spełnia części wymagań. Dla przykładu analizując przełączniki posiadające porty 10GbE SFP+ (min. 4), nie ma możliwości znalezienia urządzenia, które spełniałoby wszystkie wymagania, w tym w szczególności powyżej wymienione, tj. *Praca w zakresie temperatur - Co najmniej -10°C do +60°C, Urządzenie musi być przystosowane do zastosowań kolejowych pod kątem emisji i odporności elektromagnetycznej, Budowa - Pasywna (bezwentylatorowa) konstrukcja o wysokości 1U.*

W odniesieniu do zarzutów dotyczących niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu odwołujący T4B podniósł, że zamawiający w dniu 28 sierpnia 2020 r. wezwał Konsorcjum Poleko do udzielenia wyjaśnień i uzupełnienie wykazu osób oraz JEDZ w zakresie T. K. z uwagi na fakt, że „*wg wyliczeń Zamawiającego brakuje ok. 2 miesięcy doświadczenia*" do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 4.2.4. SIWZ oraz z ostrożności Zamawiający działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia wykazu osób o inną osobę potwierdzającą spełnianie ww. warunku oraz uzupełnienia JEDZ.

Odwołujący T4B podniósł, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca w dniu 4 września 2020 r. poinformował Zamawiającego, że „*wymienia Pana K. i w związku z tym uzupełnia Wykaz osób o dwie inne osoby spełniające wymagania wynikające z rozdziału V pkt 4.2.4 SIWZ tj.: Pana M. G. (dysponowanie bezpośrednie) oraz Pana P. L. (dysponowanie bezpośrednie). W związku z powyższym w załączeniu składam uzupełniony o te osoby Wykaz osób oraz uzupełniony w tym zakresie JEDZ Poleko Budownictwo sp. z o.o.*".

Zdaniem odwołującego T4B informacje zawarte w uzupełnionym wykazie osób i JEDZ Poleko Budownictwo sp. z o.o. nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 4.2.4 SIWZ.

W odniesieniu do M. G. w zakresie 3 projektów wskazano powierzchnię części nadziemnej (Rozbudowa Szkoły Podstawowej nr 6, Centrum Handlowe Galeria Metropolia, Zakład Produkcyjny SD Poland) – ale nie wskazano, że była to powierzchnia użytkowa, której dotyczył warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 4.2.4. SIWZ (nie sprecyzowano również konkretnej powierzchni, a wskazano jedynie „ponad 800 m^2").

Z kolei w odniesieniu do A. B. w zakresie 1 projektu wskazano powierzchnię użytkową (Rozbudowa budynku szkoły podstawowej o salę sportową) – ale nie wskazano czy dotyczyła części nadziemnej budynku użyteczności publicznej, której dotyczył warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdz. V pkt 4.2.4. SIWZ. Odwołujący T4B podkreślał, że powierzchnia użytkowa jest z reguły znacząco niższa od powierzchni całkowitej, co potwierdzają choćby informacje zawarte w referencjach przedłożonych przez Wykonawcę potwierdzające należyte wykonanie usług.

Odwołujący T4B wywiódł także, że w odniesieniu do A. B. nie wskazano również informacji umożliwiających weryfikację 5 letniego okresu doświadczenia – określono wyłącznie miesiące w jakim świadczone były usługi, a nie podano konkretnej daty (w przeciwieństwie do pozostałych osób wskazanych w wykazie osób).

Zdaniem odwołującego T4B co do zasady A. B. w danym miesiącu równie dobrze mógł świadczyć usługi przez 1 dzień i przez 30 dni, za wyjątkiem: usługi świadczonej w okresie styczeń – marzec 2013 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały luty 2013 r., styczeń - marzec 2014 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały luty 2014 r, październik-grudzień 2014 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały listopad 2014 r., styczeń - maj 2015 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały luty, marzec i kwiecień 2015 r., wrzesień - grudzień 2015 r., w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały październik i listopad 2015 r., wrzesień – grudzień 2016 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały październik i listopad 2016 r., maj - październik 2017 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały czerwiec, lipiec, sierpień i wrzesień 2017 r., marzec - wrzesień 2018 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały kwiecień, maj, czerwiec, lipiec i sierpień 2018 r. ewentualnie marzec - maj 2019 r. (prawdopodobnie omyłkowo wskazano rok 2018 r., bowiem usługa wymieniona jest w części dot. roku 2019,) w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez kwiecień 2019 r., lipiec – listopad 2019 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały sierpień, wrzesień i październik 2019 r. oraz luty - maj 2020 r. w odniesieniu do której można uznać, że świadczono usługi przez cały marzec i kwiecień 2020 r. Na podstawie uzupełnionego wykazu osób można stwierdzić posiadanie wymaganego doświadczenia przez A. B. wyłącznie przez okres 25 miesięcy, a warunek udziału w postępowaniu dotyczył 5 lat.

Z uwagi na zasadę jednokrotnego wzywania do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu Zamawiający winien wykluczyć z postępowania Konsorcjum Poleko na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz na podstawie przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznać jego ofertę za odrzuconą. Jednocześnie nawet gdyby uznać, że powyższe uchybienia możliwe są do sanowania w procedurze kolejnego uzupełnienia ww. dokumentów lub ewentualnie ich wyjaśnienia (czemu odwołujący T4B zaprzeczył), stwierdzić należy, że zamawiający również tych czynności zaniechał.

W odniesieniu do zarzutu brak wezwania do uzupełnienia informacji z KRK odwołujący T4B podniósł, że wykonawca na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 13 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu na potencjale którego polega – J. B. przedłożył informację z KRK, w którym najbardziej istotny fragment jest całkowicie nieczytelny. Zdziwienie budzi fakt, że jedynie fragmenty na których znajduje się pieczęć z adnotacją czy dany podmiot figuruje rejestrze KRK jest nieczytelna (czytelne są wszystkie inne fragmenty łącznie z pieczęcią okrągłą Ministerstwa Sprawiedliwości).

Odwołujący T4B wywiódł, że zgodnie z § 15 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu, innych niż oświadczenia, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna. Zdaniem odwołującego T4B zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę do złożenia (uzupełnienia) informacji z KRK lub ewentualnie żądać przedstawienia czytelnej kopii dokumentu potwierdzonego za zgodność z oryginałem.

W odniesieniu do zarzutu braku wezwania do uzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu z opłaceniem składek odwołujący T4B podniósł, że Konsorcjum Poleko na potwierdzenie braku podstawy wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp w odniesieniu do SPRINT SA przedłożył zaświadczenie o niezaleganiu z opłaceniem składek ZUS, które zostało podpisane elektronicznie wyłącznie przez S. W. (członka zarządu Sprint SA), nie przedłożono natomiast dokumentu umożliwiającego weryfikację podpisu pracownika ZUS (J. W.). Zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę Poleko do uzupełnienia przedmiotowego zaświadczenia.

W dalszej części odwołania odwołujący T4B podniósł, że zgodnie z rozdz. V pkt 3 SIWZ Wykonawca lub co najmniej jedna osoba zatrudniona u Wykonawcy osoba z kadry kierowniczej Wykonawcy powinna posiadać doświadczenie i wykształcenie, o których mowa w pkt 3.1 i 3.2 SIWZ.

Odwołujący T4B wywiódł, że osoba wskazana przez Konsorcjum Poleko w oświadczeniu na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych tego Wykonawcy lub osoby z kadry kierowniczej Wykonawcy (R. S.) nie jest w kadrze kierowniczej żadnego z członków konsorcjum. Odwołujący T4B podkreślał, że przepis § 2 ust. 4 pkt 9 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym zamawiający jest uprawniony do żądania przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy lub kadry kierowniczej wykonawcy dotyczy: w przypadku gdy wykonawca jest osobą fizyczną – samego wykonawcy, a w przypadku spółek kapitałowych – członków zarządu.

Odwołujący T4B wywiódł, że jedyne osoby które mogą zostać wskazane na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w rozdz. V pkt 3 SIWZ to: A. J., M. K., W. M., S. W. oraz S. P., M. G. i M. Ś. R. .

Zdaniem odwołującego T4B nawet gdyby uznać, że pojęcie kadry kierowniczej należy rozumieć w sposób szerszy niż organ zarządzający, to z ww. oświadczenia nie wynika czy wchodzi on w skład kadry kierowniczej któregoś z członków konsorcjum. Zamawiający winien zatem wezwać Wykonawcę do uzupełnienia, ewentualnie do wyjaśnień w tym zakresie.

W dalszej części odwołania odwołujący T4B podniósł, że w zobowiązaniu J. B. oraz PPMT sp. z o.o. w zakresie udostępniania zasobów przywołano jedynie treść warunków udziału w postępowaniu – zatem nie jest widome jakie konkretnie doświadczenie oraz jaki potencjał kadrowy zostanie udostępniony (przykładowo nie jest wiadome jakiego kierownika robót branżowych zamierza udostępnić PPMT sp. z o.o.). Ze zobowiązań nie wynika również czy zasoby będą udostępnione przez cały okres realizacji zamówienia.

Odwołujący T4B podniósł, że zgodnie z przepisem § 9 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może zadać dokumentów, które określają w szczególności:

1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Odwołujący T4B argumentował, że zamawiający nie wie zatem jakie konkretnie doświadczenie oraz jaki konkretnie potencjał kadrowy udostępnią podmioty trzecie oraz przez jaki okres podmioty trzecie będą wspierać wykonawcę. Zdaniem odwołującego T4B zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca polegający na zasobach podmiotu trzeciego realnie będzie uprawniony do korzystania z konkretnych zasobów, co w przedmiotowej sytuacji nie miało miejsca.

W dalszej części odwołania odwołujący T4B podniósł, że na potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych wskazanych w LP 1 i 4 wykazu robót budowlanych Konsorcjum Poleko przedłożyło referencje, z których wynika, że:

− robota budowlana wykonana na rzecz Parafii Rzymskokatolickiej p.w. NMP Wniebowziętej - Gwiazda Morza realizowana była przez Poleko Budownictwo sp. z o.o. oraz Budkon sp. z o.o.;
− robota budowlana wykonana na rzecz PKP PLK SA Centrum Inwestycji Region Północny realizowana była przez PPMT sp. z o.o. oraz 5 innych podmiotów (Trakcja PRKil SA – Lider, PKP Energetyka SA, Przedsiębiorstwo Robć Mostowych „Mosty Łódź" SA oraz INTOP Warszawa sp. z o.o.).

Odwołujący T4B wywiódł, że konsorcjum Poleko nie wskazało w wykazie robót faktycznego zakresu prac realizowanych przez Poleko Budownictwo sp. z o.o. oraz PPMT sp. z o.o. Nie jest zatem wiadome czy Poleko Budownictwo sp. z o.o. faktycznie zrealizowało roboty budowlano-konstrukcyjne oraz roboty elewacyjne oraz roboty instalacyjne polegające na łącznym wykonaniu wewnętrznych instalacji: sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości minimum 8.000.000 zł jak również czy PPMT sp. z o.o. faktycznie zrealizowało przebudowę oraz rozbudowę torów kolejowych o łącznej długości powstałej w wyniku robót przynajmniej 100 mb oraz sieci trakcyjnej o łącznej długości 200 m oraz peronu kolejowego (w tym krawędzi peronowych, wiaty i nawierzchni) o wartości minimum 1.000.000 zł. Zdaniem odwołującego T4B zamawiający zaniechał ustawowemu obowiązkowi wyjaśnienia jaki zakres prac był faktycznie realizowany przez Polsko Budownictwo sp. z o.o. oraz PPMT sp. z o.o.

Odwołujący T4B podniósł także, że Zamawiający nie miał podstaw do uznania (na podstawie informacji wskazanych w LP 4, 6, 7 i 8 wykazu robót budowlanych) spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa

w rozdziale V pkt 2.2.4, 2.2.7 – 2.2.9 SIWZ.

Odwołujący T4B podniósł, że w zakresie pozycji LP 4 (warunek z rozdz. V pkt 2.2.4 SIWZ) *robota budowlana wykonana na rzecz PKP PLK SA Centrum Inwestycji Region Północny realizowana przez PPMT sp. z o.o. oraz 5 innych podmiotów (Trakcja PRKil SA – Lider, PKP Energetyka SA, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź" SA oraz INTOP Warszawa sp. z o.o.)*- z dokumentu tego nie wynika jakakolwiek pozytywna opinia na temat realizacji tego zamówienia. Przedmiotowy dokument nie stanowi dowodu określającego czy ta robota budowlana została wykonana należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona. Zdaniem odwołującego T4B dokument ten budzi zasadnicze wątpliwości co do jego integralności. Na stronie nr 1 opisane zostały roboty wykonane przez konsorcjum. Jednakże roboty te (dokumentacja powykonawcza, roboty geodezyjne i geotechniczne, telekomunikacyjne, sterowania ruchem kolejowym, energetyki nietrakcyjnej – 50,78 km linii napowietrznej LPN o wartości 11.651.109,66 zł netto, gospodarki zielenią, zagospodarowania terenu) nie korelują z robotami opisanymi na str. 2-5. Na str. 1 dokumentu w ogóle nie ma mowy o torach kolejowych, sieci trakcyjnej i peronie (czego wymaga zamawiający w warunku), choć pojawiają się one na kolejnych stronach i stanowią zgodnie z informacją na str. 2 olbrzymią wartość. Na str. 2-5 wymienione są obiekty inżynierskie i drogi, które są kosztowymi robotami, ale również nie zostały wymienione na str. 1. Odwołujący T4B wywiódł także, że treści na str. 1 oraz stronach 2-5 nie są w żaden sposób powiązane, brakuje jakiejkolwiek informacji wstępnej przez tabelami na str. 2-5, informacji, że stanowią one szczegółowe rozbicie (choć stanowić nie mogą, ze względów opisanych powyżej).

Odwołujący T4B wskazał, że w LP 6 (warunek z rozdz. V pkt 2.2.7 SIWZ) wykazu Konsorcjum Poleko wskazało *Roboty budowlane polegające na wykonaniu, wdrożeniu i uruchomieniu Systemu Zarządzania Ruchem – referencja na zaprojektowanie i zbudowanie centrum monitoringu CCTV, składającego się m.in. z wielkoformatowej ściany wizyjnej (tzn. podłączonej do jednego kontrolera zarządzającego prezentowanym obrazem, grupy min. 4 ekranów wizyjnych) oraz min. 50 kamer*. Odwołujący T4B wywiódł, że z przedłożonego listu referencyjnego (jak również z samego wykazu) nie wynika, czy system CCTV składał się z wielkoformatowej ściany wizyjnej (tzn. podłączonej do jednego kontrolera zarządzającego prezentowanym obrazem, grupy min. 4 ekranów wizyjnych).

Odwołujący T4B wskazał, że w LP 7 (warunek z rozdz. V pkt 2.2.8 SIWZ) Wykazu robót Konsorcjum Poleko wskazało: *Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych Miejskiej Szerokopasmowej Sieci Teleinformatycznej w Sosnowcu – referencja na zaprojektowanie i zbudowanie heterogenicznej sieci teleinformatycznej obejmującej swoim zasięgiem obszar miast (MAN).* Odwołujący T4B wskazał, że z przedłożonego listu referencyjnego (jak również z samego wykazu) nie wynika, czy sieć teleinformatyczna była heterogeniczna.

Odwołujący T4B wywiódł, że w LP 8 (warunek z rozdz. V pkt 2.2.9 SIWZ) wykazu robót Konsorcjum Poleko wskazało: Wykonanie instalacji teletechnicznych – referencja na wdrożenie platformy integrującej, w ramach której wykonano integrację systemów na jednym obiekcie, w której w skład wchodziła co najmniej: integracja minimum 5 systemów podrzędnych, w tym bezwzględnie CCTV zawierającego minimum 50 kamer oraz SKD zawierającego minimum 10 przejść oraz SSWiN zawierającego minimum 40 czujek oraz wdrożenie krokowych procedur bezpieczeństwa.

Odwołujący T4B argumentował, że z przedłożonych „Rekomendacji" (jak również z samego wykazu) nie wynikają jakiekolwiek informacje potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rodz. V pkt 2.2.9 SIWZ. W szczególności nie wykazano, aby przedmiotem tego zamówienia było wdrożenie platformy integrującej, w ramach której wykonano integrację systemów na jednym obiekcie. Nie wykazano ponadto, aby integracja obejmowała minimum 5 systemów podrzędnych, w tym bezwzględnie CCTV zawierającego minimum 50 kamer oraz SKD zawierającego minimum 10 przejść oraz SSWiN zawierającego minimum 40 czujek, a także wdrożenie krokowych procedur bezpieczeństwa.

Co do pozycji LP 8 wykazu robót odwołujący T4B wskazał, że dokument, który załączono nie stanowi dowodu określającego czy ta robota budowlana została wykonana należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona. Zdaniem odwołującego T4B dokument ten nie potwierdza w jakikolwiek sposób należytego wykonania, brak jakiejkolwiek pozytywnej opinii. Sama treść dokumentu nie wskazuje nawet, aby zakres prac został zrealizowany – używa się formy niedokonanej „Zakres prac realizowanych […]", „Powyższy zakres prac realizowany był […]". Co więcej, dokument ten nie został wystawiony przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane (zgodnie z rozdz. VI pkt 3.4 SIWZ), lecz podpisany przez osobę pełniącą funkcję wiceprezesa, lecz nie wiadomo jakiego podmiotu. Wstęp pisma wskazuje jednak, że w tym projekcie Sprint S.A. był podwykonawcą generalnego wykonawcy – Polimex Mostostal S.A. Tym bardziej zdziwienie budzi okoliczność, że dokument nie został podpisany przez przedstawiciela Polimex-Mostostal S.A.

Zdaniem odwołującego T4B zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu robót budowlanych i dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należycie (referencje) umożliwiających weryfikację spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdz. V pkt 2.2.4, 2.2.7-2.2.9 SIWZ.

Odwołujący T4B podniósł także, że konsorcjum Poleko w wykazie osób jako kierownika robót w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wskazał osobę posiadającą uprawnienia w innej specjalności tj. w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych (W. R.). Zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę do poprawienia sprzecznych informacji w wykazie osób.

Odwołujący T4B podniósł, że konsorcjum Poleko w wykazie osób wskazało na stanowisko kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej Ł. R., który wbrew wymogom rozdz. V pkt 4.4.1 SIWZ nie posiada 5 letniego doświadczenia jako kierownik robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Twierdzenie Konsorcjum Poleko, że doświadczenie jako kierownik budowy jest szersze niż wymagania SIWZ nie może zostać uznane za prawidłowe. Uwzględnienie doświadczenia jako kierownik budowy mogłoby mieć miejsce ewentualnie w sytuacji, gdy w danym projekcie nie ustanowiono kierownika robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, a ww. osoba kierowała również robotami konstrukcyjno-budowlanymi, która to informacja nie została wskazana przez Konsorcjum Poleko w wykazie osób. Odwołujący T4B argumentował, że powyższe stanowisko prezentował dotychczas również zamawiający, który w wezwaniu z dnia 28.08.2020 r. wskazał, że doświadczenie M. Z. jako kierownika robót branżowych w specjalności inżynieryjnej kolejowej zostanie uznane wyłącznie wówczas gdy był on jednocześnie kierownikiem budowy oraz kierował robotami budowlanymi torowymi z uwagi na brak ustanowienia kierownika robót budowlanych branżowych w specjalności inżynieryjnej kolejowej. Zdaniem odwołującego T4B w odniesieniu do Ł. R., który jak wynika z wykazu osób posiada ok. 36,5 miesiąca doświadczenia jako kierownik robót w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (zamiast wymaganych 5 lat) Zamawiający winien wezwać Konsorcjum Poleko do uzupełnienia wykazu osób w przedmiotowym zakresie.

Według odwołującego T4B zamawiający wszystkimi powyżej opisanymi działaniami i zaniechaniami naruszył

zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, w których wniósł o oddalenie obu odwołań w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący T4B. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2543/20 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący Poleko. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

W trakcie posiedzenia Izby, przed otwarciem rozprawy, odwołujący T4B oświadczył, że wycofuje odwołanie w części dotyczącej:

a)zarzutu nr 1, to jest naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Poleko,

b)zarzutu zaniechania wezwania przystępującego Poleko do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9 SIWZ z tego powodu, iż z oświadczeń i dokumentów złożonych przez ww. wykonawcę nie wynika potwierdzenie spełnienia ww. warunków.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, modyfikacje SIWZ, ofertę przystępującego T4B, ofertę przystępującego Poleko, zawiadomienie o poprawieniu omyłki w ofercie T4B, oświadczenie T4B o wyrażeniu zgodny na poprawienie omyłki, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego Poleko i T4B w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, oświadczenie i dokumenty złożone przez przystępujących T4B i Poleko w odpowiedzi na ww. wezwania, wezwania zamawiającego skierowane do przystępujących Poleko i T4B w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oświadczenia o dokumenty złożone przez przystępującego T4B i Poleko w odpowiedzi na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 24 września 2020 r., załączniki do odwołań, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, załączniki do pism procesowych, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2500/20 zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Chybione okazały się zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 66 Kodeksu Cywilnego, art. 87 ust. 1 zdanie drugie ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Art. 87 ustawy Pzp stanowi:

1. 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

1a. (…)

2. Zamawiający poprawia w ofercie:

1) oczywiste omyłki pisarskie,

2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Stosownie do 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.*

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 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.*

Ustalono, że zamawiający w Rozdziale XII SIWZ wskazał:

8 . *Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym Wykonawcę, którego oferta została poprawiona (art. 87 ust. 2 ustawy Pzp).*

12. *Cena brutto za pełnienie nadzoru autorskiego nie może przekraczać 35% ceny brutto dokumentacji projektowej.*

Ustalono, że zamawiający w Rozdziale X SIWZ wskazał:

18. Oferty nie odpowiadające zasadom określonym w ustawie Pzp oraz nie spełniające warunków ustalonych w niniejszej SIWZ zostaną odrzucone. W szczególności dotyczy to ofert, w których: - (…)

- cena brutto oferty za wykonanie dokumentacji projektowej (będąca częścią łącznej ceny oferty) przekroczy limit określony w Rozdziale XII pkt 11 SIWZ,

- cena brutto oferty za pełnienie nadzoru autorskiego (będąca częścią łącznej ceny oferty) przekroczy limit określony w Rozdziale XII pkt 12 SIWZ.

Ustalono, że przystępujący T4B w formularzu ofertowym zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia: za łączną cenę brutto: 62 361 000,00 zł, w tym kwota netto 50 700 000,00 zł, wysokość podatku VAT 23%, tj. 11 661 000,00 zł, w tym:

1) za wykonanie dokumentacji projektowej 2 788 500 zł netto + 641 355 zł (podatek VAT) = 3 429 855 zł brutto,

2) za pełnienie nadzoru autorskiego 15 210 000 zł netto + 3 498 300 zł (podatek VAT) = 18 708 300 zł brutto.

Ustalono ponadto, że zamawiający pismem z dnia 7 września 2020 r., działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawiadomił przystępującego T4B o poprawieniu w jego ofercie omyłki *w ten sposób, że w miejsce części*

łącznej ceny wskazanej za pełnienie nadzoru autorskiego 15 210 000 zł netto + 3 498 300 zł (podatek VAT) = 18 708 300 zł brutto, zamawiający wpisał *kwotę 836.550,00 zł netto + 192.406,50 zł (podatek VAT) = 1.028.956,50 zł brutto.*

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 7 września 2020 r. przystępujący T4B wyraził zgodę na poprawienie omyłki w ofercie w sposób wskazany w zawiadomieniu zamawiającego.

Stwierdzono, że rzeczywiście wysokość ceny zaoferowanej przez przystępującego T4B za pełnienie nadzoru autorskiego przekraczała 35% ceny brutto dokumentacji projektowej, co było niezgodne z rozdziałem XII pkt 12 SIWZ. Zamawiający zastrzegł w rozdziale X pkt 18 SIWZ, że oferty niespełniające warunków ustalonych w SIWZ zostaną odrzucone. Powyższe nie dowodziło jednak słuszności zarzutów podnoszonych przez odwołującego Poleko. Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę w razie niezgodności jej treści z treścią SIWZ, jednakże jak wprost wynika z tego przepisu, przed odrzuceniem oferty ma obowiązek poprawić omyłkę w treści oferty powodującą jej niezgodność z treścią SIWZ w przypadkach określonych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Konieczności zastosowania tego przepisu nie mogły i nie uchylały postanowienia SIWZ. Co więcej, zamawiający w postanowieniach rozdziału XII pkt 8 SIWZ wprost wskazał, że poprawi w ofertach omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Nie można się zatem zgodzić ze stanowiskiem odwołującego Poleko jakoby treść postanowienia rozdziału X pkt 18 wyłączała możliwość zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Nie ulegało wątpliwości, że w analizowanej sprawie zamawiający dokonał poprawy omyłki w ofercie przystępującego T4B na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co wprost wynikało z zawiadomienia z dnia 7 września 2020 r.

Zdaniem Izby zostały spełnione wszystkie przesłanki zastosowania tego przepisu. W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że zamawiający słusznie dostrzegł, iż na podstawie wszystkich okoliczności sprawy można było odtworzyć rzeczywistą intencję przystępującego T4B. Nie ulegało wątpliwości, że wskazana w formularzu T4B cena za pełnienie nadzoru autorskiego rażąco odbiegała od realnej wartości wynagrodzenia za tego rodzaju usługi. Cena ta dziewięciokrotnie przewyższała wartość wynagrodzenia za przygotowanie całej dokumentacji projektowej. Jest to proporcja rażąco zawyżona i niespotykana przy tego rodzaju usługach.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że cena za pełnienie nadzoru autorskiego stanowiła dokładnie 30 % ceny brutto całej oferty. Powyższa relacja tłumaczy mechanizm popełniania omyłki przez T4B. Otóż przystępujący T4B usiłując wypełnić wymóg z rozdziału XII pkt 12 SIWZ zastosował współczynnik 30%. Jednakże wskutek błędu odniósł ten współczynnik do całej ceny ofertowej brutto, a nie do ceny za wykonanie dokumentacji projektowej, jak wymagano w rozdziale XII pkt 12 SIWZ. Z pewnością można było zatem mówić w omawianej sytuacji o omyłce i to dostrzegalnej w sposób oczywisty dla zamawiającego.

Zamawiający słusznie także dostrzegł, że poprawienie omyłki w sposób wskazany w zawiadomieniu z 7 września 2020 r. nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty przystępującego T4B, ale jedynie doprowadzi ją do stanu odpowiadającego rzeczywistym intencjom wykonawcy, które można było precyzyjnie zrekonstruować w oparciu o przedstawione powyżej zależności matematyczne. W tej sytuacji nie można było zgodzić się z odwołującym Poleko, że zamawiający niejako dokonał rekonstrukcji oświadczenia woli przystępującego T4B na podstawie wymagań własnej specyfikacji, a nie treści oferty przystępującego. To właśnie matematyczne zależności z oferty przystępującego pozwoliły zamawiającemu na prawidłowe poprawienie treści oferty przystępującego. Zamawiający przy ocenie istotności omyłki słusznie także wskazał, że cena za pełnienie nadzoru nie stanowiła odrębnego kryterium oceny ofert, więc nie było tu groźby manipulowania rankingiem ofert. Poprawienie oferty nie wpłynęło też w żaden sposób na całkowitą cenę ryczałtową brutto, która stanowiła kryterium oceny ofert.

Kierując się powyższymi rozważaniami zarzuty uznano za chybione.

<u>Zasadny okazał się zarzut dotyczący niewykazania warunku udziału w postepowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.2.1 SIWZ.</u>

Stosownie do art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Ustalono, że zamawiający w rozdziale V pkt 2.2.1 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu. Wskazał, że *w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie następujące zamówienia (umowy), przynajmniej po jednym dla każdego poniższego punktu, o wartości (jednego zamówienia w punktach 2.2.1-2.2.3 i 2.2.5-2.2.6 oraz łącznej w punkcie 2.2.4) brutto w złotych lub jej równowartości w innej walucie nie mniejszej niż:*

2.2.1. 500 000 zł - na projekt budowlany i branżowe projekty wykonawcze (łącznie z aranżacją wnętrz oraz urządzeniami przeciwpożarowymi) budowy, rozbudowy albo przebudowy budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej przynajmniej 800 m2 (zatwierdzony decyzją zatwierdzeniu projektu budowlanego i udzieleniu pozwoleniu na budowę).

Ustalono, że w rozdziale VI pkt 3.4. SIWZ zamawiający wskazał, że na wezwanie, wykonawcy mają obowiązek złożyć m.in. *Wykaz wykonanych usług, o których mowa w Rozdziale V pkt 2.2. SIWZ w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje*

bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy - zgodnie z załącznikiem nr 7A do SIWZ.

Ustalono, że pismem z dnia 4 sierpnia 2020 r zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał przystępującego T4B do złożenia m.in. *Wykazu wykonanych usług, o których mowa w Rozdziale V pkt 2.2. SIWZ w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert , a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów– oświadczenie wykonawcy - zgodnie z załącznikiem nr 7A do SIWZ .*

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący T4B w dniu 13 sierpnia 2020 r. złożył wykaz wykonanych usług. W wykazie tym w pozycji 1 wymienił usługę polegającą na wykonaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy stadionu żużlowego przy ul. 6-Go Sierpnia 71 w Łodzi wykonaną przez Koszt-Bud D. M. na rzecz MOSiR w Łodzi (podmiot na którego zasobach polegał przystępujący T4B).

Do wykazu przystępujący T4B załączył protokół zdawczo-odbiorczy z dnia 10 marca 2019 r. podpisany ze strony MOSIR Łódź przez kierownika działu technicznego, w którym znajduje się oświadczenie:*Zleceniobiorca oświadcza, że dokumentacja projektowa będąca przedmiotem umowy została wykonana zgodnie z umową, obowiązującymi przepisami ustawy Prawo budowlane, normami i wytycznymi oraz została wykonana i przekazana w stanie kompletnym z punktu widzenia celu któremu ma służyć.* Do wykazu załączono także oświadczenie własne D. M. z 30 marca 2016 r. którym wskazuje, że opracował na zlecenie MOSiR w Łodzi wskazaną w oświadczeniu dokumentację *i że wszystkie prace projektowe zostały wykonane należycie, zgodnie ze sztuka budowlaną, obowiązującymi przepisami, Polskimi Normami oraz w wymaganym terminie umownym.*

Odwołujący Poleko słusznie zarzucił w odwołaniu, że przystępujący T4B nie złożył zamawiającemu dowodu potwierdzającego należyte wykonanie usługi polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej budowy stadionu żużlowego przy ul. 6-go Sierpnia 71 w Łodzi wymienionej przez przystępującego T4B w wykazie usług.

Zamawiający w rozdziale VI pkt 3.4. SIWZ wyraźnie wskazał, że celem wykazania warunku wykonawcy mają obowiązek obok wykazu usług przedstawić także dowody potwierdzające, że usługi zostały wykonane należycie, przy czym sprecyzował, że dowodami tymi są referencje lub inne dokumenty pochodzące od podmiotu na rzecz którego usługi były wykonywane. Zamawiający wskazał także, że jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze dowodów takich wykonawca nie jest w stanie uzyskać – dopuszcza możliwość złożenia oświadczenia własnego wykonawcy.

Zdaniem Izby za dowód należytego wykonania usługi nie mógł być uznany protokół zdawczo – odbiorczy przedstawiony przez przystępującego T4B. Dostrzeżenia wymagało, że był to jedynie protokół zdawczo- odbiorczy, który stwierdzał sam fakt przekazania określonej dokumentacji zleceniodawcy usługi. Na uwagę zasługiwał fakt, że w dokumencie tym brakowało jakiejkolwiek wzmianki, że zleceniodawca usługi pozytywnie ocenia rezultat prac zleceniobiorcy. W protokole znajdowało się jedynie oświadczenie samego zleceniobiorcy, że dokumentacja projektowa będąca przedmiotem umowy została wykonana zgodnie z umową, obowiązującymi przepisami ustawy Prawo budowlane, normami i wytycznymi oraz została wykonana i przekazana w stanie kompletnym z punktu widzenia celu któremu ma służyć.

Przystępujący T4B w świetle postanowień SIWZ mógłby poprzestać na złożeniu oświadczenia własnego zleceniobiorcy, ale w tej sytuacji zobowiązany był wykazać dodatkowo, że nie może uzyskać dowodu od zleceniodawcy z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze. Nic takiego przystępujący T4B jednak nie wykazał zamawiającemu.

W tej sytuacji odwołujący Poleko słusznie zarzucił, że zamawiający przedwcześnie uznał, iż przystępujący T4B wykazał spełnienie spornego warunku udziału w postępowaniu. Obowiązkiem zamawiającego było wezwanie przystępującego T4B do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawcy T4B do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V. pkt 2.2.1 SIWZ.

Przy wyrokowaniu Izba nie brała pod uwagę dokumentu oświadczenia MOSiR z dnia 15 października 2020 r. złożonego na rozprawie przez przystępującego T4B. Złożenie tego dokumentu na rozprawie okazało się spóźnione. Przystępujący T4B zobowiązany był wykazać spełnienie warunku udziału w toku postępowania przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą.

Chybiony okazał się zarzut dotyczący niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.2.3. SIWZ.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale V pkt 2.2.3 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu. Wskazał, że *w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich siedmiu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie następujące zamówienia (umowy), przynajmniej po jednym dla każdego poniższego punktu, o wartości (jednego zamówienia w punktach 2.2.1-2.2.3 i 2.2.5-2.2.6 oraz łącznej w punkcie 2.2.4) brutto w złotych lub jej równowartości w innej walucie nie mniejszej niż:*

2.2.3. 8 000 000,00 zł - na budowę, rozbudowę lub przebudowę budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej przynajmniej 800 m2; Zakres zrealizowanych robót budowlanych musi łącznie obejmować: roboty budowlano-konstrukcyjne oraz roboty elewacyjne oraz roboty instalacyjne polegające na łącznym wykonaniu wewnętrznych instalacji: sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej;

Ustalono, że pismem z dnia 4 sierpnia 2020 r zamawiający, działając na podstawie art.26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał przystępującego T4B do złożenia m.in. *wykazu robót budowlanych, o których mowa w Rozdziale V pkt 2.2. SIWZ wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składnia ofert , 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 informacje 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 zgodnie z*

załącznikiem nr 7B do SIWZ.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący T4B w dniu 13 sierpnia 2020 r. złożył wykaz robót budowlanych. W wykazie tym wymienił roboty wykonane przez podmiot udostępniający przystępującemu T4B zasoby – Merx sp. z o.o.

1)pozycja 1 – rozbudowę i przebudowę budynku Sądu Rejonowego w Zambrowie przy Al. Wojska Polskiego, wykonaną na rzecz Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, Merx sp. z o.o. wykonał prace polegające na rozbudowie i przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej 1.789,20 m^2; zakres zrealizowanych prac obejmował roboty konstrukcyjno-budowlane, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne polegające na łącznym wykonaniu wewnętrznych instalacji: sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości ponad 8.900.000 zł.

2)pozycja 2 – adaptację budynku koszarowego nr 46 na obiekt o funkcji internatowo-hotelowej dla potrzeb kwaterowania uczestników procesów dydaktycznych na terenie ASW,

3)pozycja 3 - dokończenie budowy nowej siedziby dla Komendy Miejskiej Policji w Ostrołęce; wskazał, że zakres zrealizowanych prac obejmował m.in. roboty budowlano-konstrukcyjne.

Do wykazu robót przystępujący T4B załączył:

1)referencje Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, w których potwierdza m.in., że konsorcjum firm TG1 sp. z o.o. sp. k. oraz Merx sp. z o.o. w Białymstoku wykonały rozbudowę i przebudowę budynku Sądu Rejonowego w Zambrowie przy Al. Wojska Polskiego,

2)referencje Akademii Sztuki Wojennej w których potwierdza m.in., że konsorcjum firm Merx sp. z o.o. sp. k. w Warszawie i Merx sp. z o.o. Białymstoku oraz T4B sp. z o.o. w Warszawie wykonało roboty budowlane pn. Adaptacja budynku koszarowego nr 46 na obiekt o funkcji internatowo-hotelowej dla potrzeb kwaterowania uczestników procesów dydaktycznych na terenie ASW,

3)oświadczenie Komendy Wojewódzkiej Policji w Radomiu, w którym potwierdza, że firma Merx sp. z o.o. w Białymstoku wykonała roboty budowlane polegające na dokończeniu budowy nowej siedziby dla Komendy Miejskiej Policji w Ostrołęce. Przedmiot zamówienia obejmował roboty budowlane, sanitarne, elektryczne i teletechniczne budowy nowej siedziby dla KM Policji wraz z zagospodarowaniem terenu przy ul. Korczaka 16 w Ostrołęce.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że celem wykazania warunku należało wykazać się wykonaniem minimum jednej roboty budowlanej spełniającej wymogi opisane w rozdziale V pkt 2.2.3 SIWZ, zaś przystępujący wykazał doświadczenie w wykonaniu trzech takich robót.

Zdaniem Izby każda z przedstawionych przez przystępującego T4B robót okazała się wystarczająca celem wykazania spornego warunku.

Co do pierwszej roboty odwołujący Poleko zarzucił, że rozbudowę i przebudowę budynku Sądu Rejonowego w Zambrowie wykonało konsorcjum w składzie TG1 sp. z o.o. sp. k., T4B sp. z o.o. oraz Merx sp. z o.o. w Białymstoku. Wywiódł z treści referencji, że nie wiadomo, jaki zakres robót wykonał podmiot Merx sp. z o.o., na którego zasobie doświadczenia opierał się przystępujący T4B, celem wykazania warunku.

Uszło uwadze odwołującego Poleko, że spełnienie warunku ocenia się łącznie na podstawie wykazu robót i referencji. Powyższe wynikało z treści rozdziału VI pkt 3.4. SIWZ. Rolą referencji jest jedynie potwierdzenie faktu należytego wykonania roboty. Ponadto dokument ten nie jest przygotowywany wyłącznie na potrzeby tego konkretnego postępowania. Szczegóły dotyczące referencyjnej roboty istotne z punktu widzenia warunku mogą być podawane w wykazie robót, który sporządzany jest na potrzeby danego zamówienia.

Na uwagę zasługiwał fakt, że w wykazie robót złożonym przez przystępującego T4B, w odniesieniu do inwestycji w budynku Sądu Rejonowego w Zambrowie, znajdowało się wyraźne dodatkowe oświadczenie, że to Merx sp. z o.o. wykonał prace polegające na rozbudowie i przebudowie budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej 1.789,20 m^2. Przystępujący T4B oświadczył też w wykazie robót, że zakres zrealizowanych prac obejmował roboty konstrukcyjno-budowlane, roboty elewacyjne, roboty instalacyjne polegające na łącznym wykonaniu wewnętrznych instalacji: sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej o wartości ponad 8.900.000 zł.

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że zamawiający posiadał wystarczające podstawy do stwierdzenia, że to Merx sp. z o.o. a nie inny członek konsorcjum realizującego sporną inwestycje faktycznie wykonał zakres robót konieczny do wykazania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący Poleko nie przedstawił Izbie żadnego dowodu na poparcie swych twierdzeń. W konsekwencji zarzut podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do inwestycji wykonanej przez Merx sp. z o.o. na rzecz Akademii Sztuki Wojennej odwołujący Poleko wywiódł, że inwestycja ta miała nie wpisywać się w warunek, gdyż internat ani hotel nie są budynkami użyteczności publicznej w rozumieniu § 3 pkt 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie.

Izba wzięła pod uwagę, że w treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.2.3 SIWZ, zamawiający nie odesłał do przepisu § 3 pkt 6 rozporządzenia przywołanego przez odwołującego Poleko. Uwzględnianie przy wykładni postanowienia SIWZ definicji legalnej z rozporządzenia, do której zamawiający nie odsyłał, stanowiłoby nieprawione zawężanie warunku po upływie terminu składania ofert. W konsekwencji w analizowanej sprawie uprawnione było dokonywanie wykładni spornego pojęcia z pominięciem definicji legalnej przywołanej przez odwołującego Poleko.

Zdaniem Izby zarówno internat jak i hotel mogą być uważane za budynek użyteczności publicznej w potocznym znaczeniu tego słowa. Są to bowiem obiekty, które nie służą do użytku indywidualnego, ale korzysta z nich znaczna liczba osób. Bezzasadne okazało się powoływanie się przez odwołującego Poleko w trakcie rozprawy do odesłania do przepisów prawa budowanego, jakie zamawiający zamieścił w rozdziale V pkt 5.3. SIWZ. Rzeczywiście zamawiający w rozdziale V pkt 5.3. SIWZ wskazał, że *ilekroć w treści SIWZ jest mowa o „budowie lub przebudowie lub rozbudowie" należy przez to rozumieć odpowiednio budowę, przebudowę lub rozbudowę w rozumieniu ustawy Prawo budowlane*. Wzięto pod uwagę, że skoro w SIWZ zamawiający chciał aby określone pojęcia rozumieć zgodnie z definicjami legalnym opisanymi w jakimś akcie prawnym, to wyraźnie o tym przesądzał. Analogicznego odwołania zamawiający nie zamieścił w odniesieniu do pojęcia „budynek użyteczności publicznej", użytego w opisie warunku udziału w postępowaniu, o którym o którym mowa w rozdziale V pkt 2.2.3. SIWZ. Zarzut okazał się zatem bezzasadny.

W odniesieniu do inwestycji na rzecz Komendy Wojewódzkiej Policji w Radomiu odwołujący zarzucił, że przystępujący T4B miał złożyć nieprawdziwe oświadczenie w zakresie w jakim wskazał, że zamówienie obejmowało wykonanie robót konstrukcyjno-budowlanych. Tym samym miał nie wykazać warunku udziału w postepowaniu, o którym o którym mowa w rozdziale V pkt 2.2.3. SIWZ.

Odwołujący Poleko, celem udowodnienia zarzutu, powołał się na referencje oraz postanowienia SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez Komendę Wojewódzką Policji w Radomiu na dokończenie budowy nowej siedziby dla

Komendy Miejskiej Policji w Ostrołęce (nr sprawy 142/13), które załączył do odwołania.

Zarzuty odwołującego Poleko okazały się chybione. Na uwagę zasługiwał fakt, że przystępujący T4B w wykazie robót złożył wyraźne oświadczenie, że zakres robót wykonany przez Merx sp. z o.o. obejmował także roboty konstrukcyjno-budowlane. Skoro odwołujący Poleko uważał, ze oświadczenie to jest nieprawdziwe, powinien wykazać zasadność swego zarzutu, czego nie uczynił. Zdaniem Izby, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie można było wnioskować, że na pewno zakres prac nie obejmował robót konstrukcyjno-budowlanych. Już z samych referencji Komendy Wojewódzkiej Policji w Radomiu z dnia 5 kwietnia 2016 r. wynikało, że zakres wykonanych prac obejmował m.in. montaż masztów antenowych. Treść SIWZ, jaką odwołujący Poleko załączył do odwołania nie była wystarczająca celem oceny szczegółowego zakresu rzeczowego wykonanej inwestycji. Ponadto, z samego dowodu złożonego przez odwołującego wynikało, że na spornej inwestycji Komenda Wojewódzka Policji wymagała od wykonawcy ustanowienia osoby dysponującej uprawnieniami do kierowania robotami w branży konstrukcyjno-budowanej (s. 8 SIWZ złożonej przez odwołującego), która miała kierować właśnie takimi robotami.

Przy wyrokowaniu wzięto pod uwagę dowody przeciwne złożone przez zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający złożył dokumenty, z których wynikało, że w zakres prac wykonanych przez wykonawcę wchodził:

1)montaż i ustawienie na dachu dwóch masztów o wysokości 21 m stalowych, kratowych, segmentowych, z odciągami i iglicą odgromową, podstawą, kotwami, poz. 6 przedmiary nr 1 (s. 90 specyfikacji budowlanej – załącznik 11 do odpowiedzi na odwołanie),

2)montaż ekranu maskującego systemowego (aluminiowy, ażurowy) z konstrukcją wsporczą – poz. 7 przedmiaru nr 1, specyfikacja budowlana str. 90, załącznik 11 do odpowiedzi na odwołanie,

3)konstrukcje daszków stalowych – poz. 27 przedmiaru nr 1, załącznik nr 12 do odpowiedzi na odwołanie,

4)podwieszenie stalowej szyny jezdnej toru jezdnego strzelnicy do stropu lub innej konstrukcji nośnej budynku – specyfikacja techniczna strzelnicy, str. 5, załącznik nr 13 do odpowiedzi na odwołanie.

Zdaniem izby roboty te z uwagi na ich charakter, złożoność, ingerencję w konstrukcję budynku (np. wysokie maszty kotwione do dachu) z pewnością mogą być uznane za roboty o charakterze konstrukcyjno-budowlanym. Z związku z powyższym zarzut uznano za bezzasadny.

Częściowo zasadne okazały się zarzuty dotyczące niewykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4.2.2. SIWZ.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale V pkt 4.2.2. SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu. Wskazał, że *Wykonawca winien dysponować następującymi osobami skierowanymi do realizacji zamówienia:*
4.2. Projektantami, z których każdy winien mieć uprawnienia do projektowania w wymaganej specjalności bez ograniczeń oraz co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w wykonywaniu czynności w zakresie uprawnień w wymaganej specjalności, w tym przy realizacji co najmniej jednego opracowania projektowego dot. budynku użyteczności publicznej o powierzchni użytkowej części nadziemnej przynajmniej 800 m2 (w przypadku przedstawienia projektanta sprawdzającego Zamawiający uzna, że warunek dysponowania osobą nie jest spełniony) w następujących wymaganych specjalnościach:
(…)
4.2.2. telekomunikacyjnej: uprawnienia do projektowania w wymaganej specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych.

Ustalono, że pismem z dnia 4 sierpnia 2020 r zamawiający, działając na podstawie art.26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał przystępującego T4B do złożenia m.in. wykazu osób.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący T4B w dniu 13 sierpnia 2020 r. złożył wykaz osób. W wykazie tym wymienił pana A. S. . Wskazał, że posiada on*uprawnienia budowlane nr DTT-TU/02228/02/U w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń.* Oświadczył, że pan A. S. posiada ponad 6-letnie doświadczenie zawodowe w wykonywaniu czynności w zakresie określonym wymaganymi uprawnieniami (projektant w specjalności telekomunikacyjnej) w każdej z nw. realizacji. Wśród realizacji wymienił m.in.
06.2010-06.2012 (24 mce) Warszawska Sieć Metropolitalna – ponad 70 km linii światłowodowych – Urząd m.st. Warszawy.

Ustalono, że w świetle decyzji nr DTT-TU/02228.02/U z dnia 22 lutego 2002 r. wydanej na podstawie § 11 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r. nr 120 poz. 581 ze zm.) nadano panu A. S. uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzysząca bez ograniczeń (por. decyzja załączona do odwołania).

Nie było sporne między stronami, że pan A. S. posiada uprawnienia nr DTT-TU/02228.02/U z dnia 22 lutego 2002 r. wydane na podstawie § 11 rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r. nr 120 poz. 581 ze zm.) do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzysząca bez ograniczeń.

Stwierdzono, że odwołujący Poleko słusznie zarzucił w odwołaniu, że ww. uprawnienia budowlane są niewystarczające celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4.2.2. SIWZ.

Zamawiający przyznał wprost w trakcie rozprawy, że użyte w treści warunku sformułowanie „*uprawnienia do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń*" należy rozumieć przez pryzmat znaczenia nadawanego temu pojęciu przez przepisy Prawa budowlanego. Zgodnie z art. 15a ust. 18 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2020 r. poz. 1333) *uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzszącą oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzszącą.* Powyższe oznaczało, że zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania projektantem, który posiada uprawnienia do projektowania zarówno w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzszącą jak i telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Zamawiający wskazał wprawdzie w SIWZ, że akceptuje uprawnienia budowlane zdobyte na podstawie przepisów wcześniej obowiązujących. Jednakże w takim przypadku oczywistym jest, że uprawnienia historyczne powinny odpowiadać zakresowi uprawnień wymaganych w warunku, a przynajmniej nie powinny zasadniczo odbiegać od zakresu wymagań. Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 3 ustawy z 22 lutego 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane (Dz. U. z 2019 r. poz. 695) , *osoby, które przed dniem wejścia w życie ustawy uzyskały uprawnienia budowlane lub*

stwierdzenie poosiadania przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie zachowują uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie. Jak wynika z przywołanego przepisu, konieczne było zatem zbadanie zakresu historycznych uprawnień pana S., co powinno się odbyć na podstawie lektury przepisów obowiązujących w dacie wydania jego uprawnień. W dacie wydania uprawnień pana A. S. obowiązywały przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10 października 1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 1995 r. nr 120 poz. 581 ze zm.), które zostały wymienione w treści decyzji nr DTT-TU/02228/02/U z 22 lutego 2002 r. złożonej przez odwołującego.

Jak wynikało z § 4 ust. 1a wskazanego wyżej rozporządzenia, uprawnienia budowlane w telekomunikacji były wydawane w specjalizacjach, wymienionych w 4 ust. 2. Z kolei w § 4 ust. 2 rozporządzenia wymieniono dwie specjalizacje:

1)przewodową wraz z infrastrukturą towarzysząca dotyczącą urządzeń liniowych i stacyjnych,
2)radiową, dotyczącą obiektów nadawczych radiofonii i telewizji naziemnej oraz nadawczych i odbiorczych obiektów radiokomunikacyjnych.

Tymczasem jak wynikało z uprawnień pana S. uzyskał on uprawnienia jedynie w specjalności instalacyjnej w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że odwołujący słusznie zarzucił w odwołaniu, że uprawnienia pana S. są zbyt wąskie, gdyż obejmują wyłącznie telekomunikację przewodową, a nie przewodową i radiową. Wobec powyższego należało uznać, że przystępujący T4B nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4.2.2. SIWZ.

W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu wezwać przystępującego T4B w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4.2.2. SIWZ.

Bezzasadna okazała się dalsza część zarzutu, w której odwołujący Poleko zakwestionował doświadczenie zawodowe zdobyte przez pana S. na projekcie Warszawska Sieć Metropolitalna, zrealizowanym na rzecz Urzędu m st. Warszawy.

Odwołujący Poleko wywiódł w odwołaniu, że uczestnictwa pana S. przy projektowaniu na tej inwestycji nie można zaliczyć na poczet warunku udziału w postepowaniu, gdyż na tej inwestycji miał on pełnić funkcję projektanta sprawdzającego. Celem wykazania zasadności zarzutu odwołujący Poleko załączył do odwołania strony tytułowe czterech projektów wykonawczych dla projektu Metropolitalna Sieć teleinformatyczna:

SPO/PITZ/11/21/PW/MST z maja 2012 r,
SPO/PITZ/11/10/PW/MST z lipca 2012
SPO/PITZ/11/9/PWE/MST z lipca 2012
SPO/PITZ/11/18/PW/MST z maja 2011 r.

Na podstawie przedstawionych przy odwołaniu dokumentów Izba stwierdziła, że rzeczywiście przy ww. projektach wykonawczych pan S. pełnił funkcję projektanta sprawdzającego.

Jednak, jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, dwa z przedstawionych projektów odnosiły się do okresu, który przypadał po wykazanym w wykazie okresie doświadczenia zawodowego pana S. na spornej inwestycji (06.2010-06.2012). Wzięto również pod uwagę, że dowody przedstawione przez odwołującego Poleko były firmowane nagłówkiem Sprint S.A, a więc członka konsorcjum odwołującego Poleko, z czego należało wnosić, że powinien on dysponować pełną dokumentacją projektową dotyczącą spornej inwestycji a nie tylko czterema, wybranymi przez siebie projektami wykonawczymi. Na pytanie przewodniczącego zadane w trakcie rozprawy czy odwołujący Poleko do odwołania załączył wszystkie projekty wykonawcze sporządzone przez p. S. w ramach projektu Warszawska Sieć Metropolitarna, pełnomocnik odwołującego odparł, że są to wszystkie projekty, do jakich odwołującemu udało się dotrzeć. Pełnomocnik wyjaśnił ponadto, że wszystkie projekty były przechowywane na dysku, a dysk z projektami zaginął i źródłem informacji o projektach, do jakich pełnomocnikowi odwołującemu udało się dotrzeć, byli współpracownicy p. A. S. . Pełnomocnik odwołującego oświadczył także, że nie skorzystał z możliwości dotarcia do pozostałych projektów znajdujących się w innych źródłach niż na zaginionym dysku. Izba stwierdziła ponadto, na podstawie złożonych przez odwołującego Poleko dowodów, że projekty wykonawcze zostały one sporządzone w 7 lub 8 egzemplarzach. W tej sytuacji należało dojść do przekonania, że odwołujący Poleko przedstawił Izbie materiał dowodowy w sposób wybiórczy. Z pewnością nie przedstawiono Izbie wszystkich projektów, jakie powstały przy udziale pana S. przy realizacji spornej inwestycji. Odwołujący Poleko miał możliwość dotarcia do tego materiału dowodowego, np. poprzez uzyskanie pozostałych kopii rzekomo zaginionych projektów. W tej sytuacji stwierdzono, że materiał dowodowy zgromadzony w sprawie okazał się niewystarczający celem udowodnienia zasadności zarzutu. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

KIO 2543/20

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie:

a)zarzutu nr 1 odwołania, to jest naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Poleko,
b)zarzutu zaniechania wezwania przystępującego Poleko do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V pkt 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9 SIWZ z tego powodu, iż z dokumentów złożonych przez konsorcjum Poleko nie wynika spełnienie tych warunków.

W trakcie posiedzenia Izby w dniu 27.10.2020 r., przed otwarciem rozprawy, odwołujący T4B oświadczył, że cofa odwołanie w tej części. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania *a maiori ad minus*, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący T4B oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzyganie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w

jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Ustalono, że 24 września 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego T4B o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, zaś oferta przystępującego Poleko została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą odwołującego T4B.

Izba stwierdziła, ze odwołujący T4B nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do art. 179 ust. 1 ustawy Pzp,*środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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 niniejszej ustawy.*

Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania odwołujący T4B ograniczył się jedynie na str. 3 odwołania do stwierdzenia, że *w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez odwołującego T4B, interes odwołującego T4B w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, ponieważ odwołujący T4B jest wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu oraz może ponieść szkodę na skutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego. Szkoda ta wynika z faktu wniesienia odwołania na wybór oferty odwołującego, co powoduje konieczność zaskarżenia czynności badania i ceny oferty konsorcjum Poleko.*

Jak wskazał sam odwołujący T4B, możliwości poniesienia szkody upatrywał w fakcie wniesienia odwołania na wybór jego własnej oferty jako najkorzystniejszej. A więc to nie zarzucane zmawiającemu w odwołaniu naruszenia ustawy Pzp pozostawały w związku ze szkodą grożącą odwołującemu T4B, ale działania innego wykonawcy, sklasyfikowanego na drugim miejscu, który wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty odwołującego T4B jako najkorzystniejszej.

Uszło uwadze odwołującego T4B, że środkiem prawnym służącym wykonawcy do obrony przed odwołaniem innego wykonawcy jest zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, o którym mowa w art. 185 ustawy Pzp. Wykonawca może przystąpić do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przez innego wykonawcę po stronie zamawiającego i w postępowaniu odwoławczym jako uczestnik postępowania bronić swej oferty z którego to prawa zresztą odwołujący T4B skorzystał.

Wystąpienie szkody, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, nie może być rozpatrywane hipotetycznie, w zależności od tego, czy inny wykonawca uczestniczący w postępowaniu może złożyć odwołanie, które może podważyć dotychczasowy wynik postępowania. Dopiero jeżeli w wyniku rozpatrzenia takiego odwołania wynik ten uległby zmianie na skutek nowej czynności zamawiającego, po stronie wykonawcy, którego wybór oferty został unieważniony, występuje realna szkoda. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej rodzi się dopiero w chwili, gdy wykonawca jest w pozycji zagrożonej, a nie zwycięskiej. W przypadku, gdy oferta wykonawcy została wybrana, nie jest on w stanie wykazać przesłanki poniesienia szkody. Jakakolwiek szkoda mogłaby powstać wyłącznie w przypadku przyszłych czynności zamawiającego, które mają charakter czysto hipotetyczny i o których nie było wiadomo, czy w ogóle nastąpią. Szkodę, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno zaistniałą jak i potencjalną, należy odnosić do sytuacji w postępowaniu, jaka ma miejsce w dacie wnoszenia odwołania. Przez możliwość poniesienia szkody nie można natomiast rozumieć możliwości, która dopiero mogłaby powstać w hipotetycznym przypadku dokonania nowych czynności, czy to na mocy wyroku Izby, czy też z inicjatywy własnej zamawiającego. Przyjęcie stanowiska przeciwnego nie dałoby się pogodzić z racjonalnością i ekonomiką postępowania, prowadziłoby bowiem do przyznania legitymacji do wnoszenia odwołań każdemu wykonawcy w każdej sytuacji (zawsze wykonawca mógłby się bowiem powołać na choćby teoretyczną możliwość wystąpienia zdarzeń, które będą godzić w jego interesy), a wówczas przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp nie znajdowałby w praktyce zastosowania. Dopuszczenie korzystania ze środków ochrony prawnej przez wykonawcę, którego oferta została wybrana i podnoszenia zarzutów przeciwko wykonawcom, których oferty zostały odrzucone lub są mniej korzystne, stałoby w sprzeczności z ratio legis przywołanego wyżej przepisu. Ponadto przyjęcie tego poglądu niejako zmuszałoby każdorazowego wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, do składania odwołań wobec oceny ofert sklasyfikowanych na miejscach dalszych niejako z ostrożności, pod rygorem uznania ewentualnego późniejszego odwołania, składanego wobec nowej czynności wyboru oferty innego wykonawcy, jako spóźnionego. Takiej praktyki nie da się pogodzić z zasadą ekonomiki postępowania odwoławczego, racjonalności systemu zamówień publicznych i systemu środków ochrony prawnej.

Zdaniem Izby, dopiero w sytuacji gdy w wyniku ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego T4B utraciłaby status najkorzystniejszej, odwołującemu T4B przysługiwać będzie legitymacja do wnoszenia środków ochrony prawnej, gdyż będzie mógł powoływać się na grożącą mu realnie szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Skutkiem stwierdzenia braku legitymacji odwołującego T4B do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jest konieczność oddalenia odwołania, bez merytorycznego rozpoznania zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

W tym zakresie podzielono stanowisko wyrażane już wcześniej w orzecznictwie Izby (por. przykładowo wyrok KIO sygn. akt 1374/19, wyrok KIO sygn. akt KIO 737/16, KIO 739/16, wyrok KIO 183/16, wyrok KIO sygn. akt: KIO 245/1 wyrok KIO sygn. akt KIO 305/15, wyrok KIO sygn. akt KIO 2777/13, wyrok KIO sygn. akt KIO 2295/12, KIO 2297/12, K 2301/12, KIO 2303/12, KIO 2305/12, KIO 2307/12, KIO 2310/12, wyrok KIO sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/12, wyr KIO sygn. akt KIO 1256/20 i KIO 1260/20).

Stanowisko to jest prezentowane także w orzecznictwie sądów okręgowych sprawujących nadzór nad orzecznictwem Izby. Jak wskazał Sad Okręgowy w Gliwicach w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) *dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejsza, dopóty żadna z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o odstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W*

przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C".

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2, 4 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odpowiednich części odwołań. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3, 5, 6 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2, 4) i formalnym (pkt 3, 5, 6), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W sprawie o sygn. akt KIO 2543/20 nie stwierdzono żadnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania. W sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 stwierdzone naruszenia art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał ofertę przystępującego T4B jako najkorzystniejszą przedwcześnie uznając, że wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba w pkt 1 wyroku nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym:

a)wezwanie przystępującego T4B w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 2.2.1 SIWZ,

b)wezwanie przystępującego T4B w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 4.2.2. SIWZ.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 i 4 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Odnośnie części postępowania odwoławczego, która podlegała umorzeniu, na podstawie art. 192 ust. 1 w zw. z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2543/20, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, podlegało oddaleniu w całości. Wobec powyższego za wynik postępowania odwoławczego odpowiadał w całości odwołujący T4B. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2543/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego T4B w wysokości 20.000 zł. Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 842/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 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).

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 zostało uwzględnione częściowo. Wobec powyższego, biorąc pod uwagę proporcje zarzutów zasadnych do chybionych, uznano, że odpowiedzialność za wynik postępowania ponoszą zamawiający i odwołujący Poleko po połowie. Na koszty postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2500/20 składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego Poleko w wysokości 20.000 zł, koszty poniesione przez odwołującego Poleko z tytułu zastępstwa przed Izbą w maksymalnie dopuszczonej kwocie 3.600 zł, oraz koszty dojazdu pełnomocnika odwołującego Poleko na rozprawę w kwocie 229 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (a zatem łącznie 23.829,00 zł). Ustalono, że wszystkie koszty postępowania odwoławczego poniósł do tej pory odwołujący Poleko. Wobec ustalenia, że odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego w sprawie KIO 2500/20 po połowie ponoszą odwołujący Poleko i zamawiający, zasądzono od zamawiającego na rzecz odwołującego Poleko obowiązek zwrotu połowy tych kosztów tj. kwoty 11.914,50 zł (23.829 zł / 2 = 11.914,50 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2500/20 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 w zw. z § 6 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).

Przewodniczący:……