Sygn. akt: KIO 2945/21

WYROK

z dnia 8 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie 2 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 4 października 2021 roku przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową oraz PROAQUA spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jacewie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Akademię Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte z siedzibą w Gdyni przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia TYSAND spółki jawnej, J. K., J. S.z siedzibą w Gdańsku, S. K. prowadzącego działalność pod firmą „Firma Remontowo - Budowlana „K." S. K." z siedzibą w Gdyni oraz D. S.prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Twój Dom D. S." z siedzibą w Bolszewie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów wskazanych w pkt 5 w zakresie w jakim dotyczy wykazu robót i referencji oraz pkt 7 petitum odwołania, wobec ich uwzględnienia przez Zamawiającego.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp nakazuje wezwanie Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego, na zasoby którego Przystępujący powołuje się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) SWZ lub do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia ten warunek.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego w 1/8 i Odwołującego w 7/8 i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą,

4.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2 950 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą 1/8 kosztów Odwołującego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2945/21

UZASADNIENIE

Akademia Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte z siedzibą w Gdyni (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 132 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku

Akademickiego Centrum Technologii Podwodnych" - numer referencyjny: 25/ZP/21.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej z dnia 22 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/S 119-311699.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp".

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Alstal Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytową oraz PROAQUA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jacewie (dalej: „Odwołujący") 4 października 2021 roku złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności Zamawiającego i zaniechania czynności:

1) wyboru oferty złożonej przez wykonawców: TYSAND Sp. J., J. K. J. S. w Gdańsku,

FIRMA REMONTOWO - BUDOWLANA „K." S. K. w Gdyni, TWÓJ DOM D. S. w

Bolszewie (dalej: „Konsorcjum TYSAND") jako najkorzystniejszej,

2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

3) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND z Postępowania, pomimo, że

Konsorcjum TYSAND nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu,

4) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

5) bezpodstawnym przyznaniu ofercie Konsorcjum TYSAND 15 punktów w kryterium

„Doświadczenia Kierownika budowy /KB/",

6) z ostrożności - na zaniechaniu wezwania Konsorcjum TYSAND do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,

7) z ostrożności - na zaniechaniu poprawieniu w ofercie Konsorcjum TYSAND oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

8) z ostrożności - na zaniechaniu wezwania Konsorcjum TYSAND do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez

tego wykonawcę ceny ofertowej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

2) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy

Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum

TYSAND, pomimo, że jej treść jest niezgodna z ustawą oraz z warunkami zamówienia; a ponadto w wyniku wyjaśnień prowadzonych pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą doszło do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmiany treści oferty Konsorcjum TYSAND po upływie terminu składania ofert,

3) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND, pomimo, że została ona złożona przez wykonawcę nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu,

4) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp przez

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

5) z ostrożności - art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum TYSAND do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,

6) z ostrożności - art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 223 ust. 2

pkt 2) ustawy Pzp, przez zaniechanie poprawienia w ofercie Konsorcjum TYSAND oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

7) z ostrożności - art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, przez zaniechanie wezwania Konsorcjum TYSAND do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej,

8) art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Konsorcjum TYSAND, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor

przejrzystości, w tym poprzez bezpodstawne przyznanie ofercie Konsorcjum

TYSAND 15 punktów w kryterium „Doświadczenia Kierownika budowy /KB/".

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum TYSAND, jako oferty najkorzystniejszej,

2) ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND, z daleko idącej ostrożności oraz wyłącznie na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do bezpośredniego odrzucenia oferty Konsorcjum TYSAND:

a) wezwanie Konsorcjum TYSAND do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,

b) poprawienie w ofercie Konsorcjum TYSAND oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,

c) wezwanie Konsorcjum TYSAND do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez tego wykonawcę ceny ofertowej,

d) przyznanie ofercie Konsorcjum TYSAND 0 (zero) punktów w kryterium „Doświadczenia Kierownika budowy /KB/”,

3) ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SWZ, wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to odrzuciłby ofertę Konsorcjum TYSAND, względnie - wezwałby Konsorcjum TYSAND do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń, lub dokonał poprawienia w ofercie Konsorcjum TYSAND oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, czy też wezwałby tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych zaoferowanej przez niego ceny ofertowej oraz przyznał zerową ilość punktów ofercie Konsorcjum TYSAND w kryterium „Doświadczenia Kierownika budowy”. W konsekwencji, oferta Odwołującego byłaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Ad zarzutu wskazanego w pkt 1 i 6 petitum odwołania.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału 14 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), zawierającymi opis sposobu przygotowania oferty, pkt 15, Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą Informacji cenowej (w osobnym załączniku, wg wzoru Zamawiającego). W ocenie Odwołującego dokument ten, zgodnie z informacją podaną przez Zamawiającego w SWZ, stanowił ofertę składaną w Postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający narzucił treść Informacji cenowej (plik „Informacja cenowa zał. do oferty”), wymagając w sposób jednoznaczny wyliczenia wartości zamówienia (sekcja A - strony 1-74) oraz podania ściśle określonych parametrów cenotwórczych (sekcja B - strony 74-75). Odwołujący podkreślił, że Informacja cenowa ma zasadniczy wpływ na wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy. Odwołujący wskazał treść postanowień §1 ust. 3 Projektu Umowy (Załącznik 3 do SWZ), gdzie zakres przedmiotu Umowy obejmuje również wszelkie obowiązki Wykonawcy wskazane w dalszej części Umowy i załącznikach. Jednym z załączników do Umowy będzie harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji zamówienia, który ma być zgodny z informacją cenową zawartą w formularzu ofertowym (§2 ust. 8 lit. c Projektu Umowy). Następnie Odwołujący wskazał na treść §11 ust. 2 , 5, 6 oraz §12 projektu umowy. Podsumowując, zdaniem Odwołującego wymagana przez Zamawiającego, wraz z ofertą, Informacja cenowa ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia kompletności oferowanego przedmiotu zamówienia, prawidłowości wyceny oferty przetargowej oraz jest niezbędna do przygotowania harmonogramu rzeczowo-finansowego, a następnie rozliczania poszczególnych etapów robót, robót zamiennych czy ustalenia wartości robót w przypadku rezygnacji z pewnego zakresu umowy (obniżenie wynagrodzenia wykonawcy). Nie ulega zatem najmniejszej wątpliwości, w ocenie Odwołującego, że wszelkie błędy w wycenie pozycji zawartych w Informacji cenowej przekładają się na całkowite wynagrodzenie oferowane przez wykonawcę, a brak wyceny określonych pozycji Informacji cenowej czy też brak podania wymaganych parametrów cenotwórczych uniemożliwi Zamawiającemu rozliczenie prac zgodnie z ww. zasadami opisanymi w Projekcie Umowy.

Odwołujący wskazał w złożonej wraz z ofertą Konsorcjum TYSAND Informacji cenowej następujące braki i uchybienia:

a) Konsorcjum TYSAND w pozycjach 413, 425, 429 wskazało ujemną wartość netto tj. - 1,93 zł, - 0,29 zł, - 3,53 zł (kolumna 7). Jednocześnie w kolumnie 6, w zakresie wskazanych trzech pozycji, wykonawca wskazał ceny jednostkowe: „- 0,00 zł” (poz. 413 i 425) oraz „- 0,01 zł” (poz. 429).

Powyższe oznacza, zdaniem Odwołującego, że wykonawca nie dostosował się do wymagań Zamawiającego określonych w SWZ, w rzeczywistości nie wycenił ww. prac i nie są one przedmiotem złożonej przez Konsorcjum TYSAND oferty. Brak zaoferowania ww. elementów przedmiotu zamówienia oraz brak ich rzeczywistej wyceny oznacza niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

b) Konsorcjum TYSAND w pozycjach 403, 408, 418 wskazał zerowe ceny jednostkowe. Powyższe oznacza, zdaniem Odwołującego, że wykonawca nie dostosował się do wymagań Zamawiającego określonych w SWZ, w rzeczywistości nie wycenił tych prac i nie są one przedmiotem złożonej przez Konsorcjum TYSAND oferty. Brak zaoferowania ww. elementów przedmiotu zamówienia oraz brak ich rzeczywistej wyceny oznacza niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Jednocześnie zdaniem Odwołującego poprawienie ww. elementów jako omyłki rachunkowej nie wchodzi w rachubę, gdyż podzielenie podanych w kolumnie nr 7 Informacji cenowej wartości przez ilość sztuk nie doprowadzi do ujawnienia ceny jednostkowej za dany element.

c) Konsorcjum TYSAND w pozycjach 1129, 1130,1139, 1157,1035 nie podało w ogóle cen jednostkowych dla poszczególnych pozycji.

Brak podania cen jednostkowych w ww. pozycjach oznacza zdaniem Odwołującego

niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Gdyby nawet hipotetycznie uznać, że w tym przypadku mamy do czynienia z omyłką rachunkową, to jednak w toku badania i oceny złożonych ofert Zamawiający nie podjął w tym zakresie żadnych czynności zmierzających do skorygowania czy uzupełnienia ww. pozycji cenowych. Oczywistym pozostaje, że brak skorygowania omyłek stanowi naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

d) Odwołujący wskazał, że suma wszystkich pozycji kosztorysowych ujętych w Informacji cenowej złożonej przez Konsorcjum TYSAND (w tym pozycji z ujemnymi wartościami netto) wskazuje na łączną cenę oferty w wysokości 41 409 329,78 zł

netto, podczas gdy cena oferty podana Formularzu ofertowym i Informacji cenowej

tego wykonawcy wynosi 40 473 163,90 zł netto. Nie trudno zauważyć, iż w tym przypadku mamy do czynienia z różnicą prawie miliona złotych, co powinno mieć diametralne znaczenie dla Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że stosowne wyliczenia Odwołującego, obrazujące ww. różnicę, zostały przedstawione w załączniku nr 5 do odwołania. Tymczasem z analizy dokumentacji Postępowania nie wynika, by Zamawiający w jakikolwiek sposób weryfikował prawidłowość wyliczenia ceny całkowitej podanej w Informacji cenowej Konsorcjum TYSAND. Abstrahując od błędów i braków opisanych w poprzednich podpunktach uzasadnienia odwołania, omawiana aktualnie rozbieżność cenowa powinna być przedmiotem analizy, a następnie poprawienia jako omyłki rachunkowej. Odwołujący podkreślił, że prawie milionowa różnica w wycenie ma zasadniczy wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w toku Postępowania. Zamawiający bowiem, aby móc dokonać wyboru oferty Konsorcjum TYSAND jako najkorzystniejszej, dokonał zwiększenia środków do kwoty 40 473 163,90 zł netto (49 781 991,60 brutto). Tymczasem, jak

wynika z wyliczeń dokonanych przez Odwołującego, cena oferty Konsorcjum TYSAND jest faktycznie jeszcze wyższa, niż kwota, do której aktualnie Zamawiający zwiększył swój budżet. Reasumując, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum TYSAND, a w konsekwencji zwiększyć cenę całkowitą tej oferty.

e) Konsorcjum TYSAND w złożonej Informacji cenowej zaoferowało i wyceniło pozycję 3151 (Certyfikacja) na kwotę 2170 zł, pomimo, że Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 2 (zestaw XV) wykreślił pozycję „certyfikacja” z Informacji cenowej.

Odwołujący wskazał, że z analizy dokumentacji Postępowania nie wynika jednak, by Zamawiający podjął jakiekolwiek czynności zmierzające do skorygowania ceny całkowitej oferty o ww. pozycję. Reasumując, Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum TYSAND, a w konsekwencji zmniejszyć cenę całkowitą tej oferty o wartość pozycji 3151 Informacji cenowej.

f) Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 1 (zestaw XX) wskazał, iż w ofercie należy ująć montaż masztów odgromowych. Zamawiający wskazał jednocześnie, że koszt ten należy ująć przez dopisanie pozycji w Informacji cenowej: 183 d.1.9. Dostawa i montaż masztów odgromowych kpl. 1 Tymczasem w złożonej wraz z ofertą Konsorcjum TYSAND Informacji cenowej wykonawca ten nie ujął i nie wycenił pozycji 183 d.1.9. Dostawa i montaż masztów odgromowych kpl. 1. Oznacza to, że ww. zakres prac nie został w ogóle objęty przez Konsorcjum TYSAND złożoną ofertą przetargową, co powoduje niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia.

g) Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 11 (zestaw XXIV) wskazał, iż w ofercie należy ująć wykonanie dekoracyjnej ściany z kantówek drewnianych 3x3cm w holu

wg. rys. PW-W14.

11.Zwracamy się z prośbą o informację, w której pozycji Informacji cenowej należy ująć wykonanie dekoracyjnej ściany z kantówek drewnianych 3x3cm w holu wg rys.

PW-W14. Brak pozycji cenowej na dany zakres.

Odpowiedź: Dodatkowe pozycje należy ująć po ostatnim pkt. Informacji cenowej danego działu, jako uzupełnienie (Uz): 3.8 Wykończenie ścian Uz.1. d.3.8. odbojnica wysokość 600mm, szerokość 1200mm - 2 sztuki Uz.2. d.3.8. odbojnica wysokość 1100mm, szerokość 1500mm - 2 sztuki Uz.3. d.3.8. odbojnica wysokość 600mm, głębokość 300mm, szerokość 700mm - 1 sztuka Uz.4. d.3.8. odbojnica wysokość 600mm, głębokość 300mm, szerokość 900mm - 1sztuka Uz.5. d.3.8. wykonanie dekoracyjnej ściany z kantówek drewnianych 3x3cm w holu wg rys. PW-W14. Uz.6. d.3.8. wykonanie dekoracyjnych rur stalowych fi 114,3 - 6 sztuk w holu wg rys. PWW14 Uz.7. d.3.8. wykonanie tynku cienkowarstwowego silikonowego (w ilości 152 m2) wg przekroju S6' na rys. PW-A5 Przekrój B-B Uz.8. d.3.8. wykonanie tynku

cem.-wap. Kl. III + farby hydrofobowej kolor RAL 7024 (w ilości 60 m2) na zewnętrznych wiatach na butle wg rys. PW-PZ15.

Odwołujący podniósł, iż ww. zakres prac nie został w ogóle objęty przez Konsorcjum TYSAND złożoną ofertą przetargową, co powoduje niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia.

h) Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 2 (zestaw XXIII) wskazał, iż w ofercie należy ująć następującą pozycję dotyczącą pomieszczenia czystości tlenowej.

Odwołujący podniósł, iż ww. zakres prac nie został w ogóle objęty przez Konsorcjum TYSAND złożoną ofertą przetargową, co powoduje niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia. Zamawiający odpowiedzią na pytania nr 3 i 10 (zestaw XXIV) dwukrotnie wskazał, iż dostawa następujących urządzeń: pompa próżniowa, sprężarki, zbiorniki powietrza technicznego, powietrza oddechowego, tlenu medycznego, leży po stronie Wykonawcy.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca Konsorcjum TYSAND w złożonej wraz z ofertą Informacji cenowej w ogóle nie uwzględnił ww. zakresu zamówienia. Co istotne, wartość ww. dodatkowych elementów, wynikających z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego, jest znacząca, a w przypadku oferty Odwołującego wynosi ponad 2 mln zł.

Z porównania ofert Konsorcjum TYSAND oraz Odwołującego, wartość działu 1.15, obejmującego Technologię gazów oddechowych, w przypadku oferty Konsorcjum TYSAND wynosi 1 794 208,10 zł (poz. 2366 Informacji cenowej), zaś w ofercie Odwołującego stanowi kwotę 4 095 757,80 zł.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, cena całkowita oferty Konsorcjum TYSAND jest znacznie wyższa niż cena oferty Odwołującego, co może wynikać z faktu, iż w zakresie punktowanego parametru „GWARANCJA NA URZĄDZENIA" GU Konsorcjum TYSAND przyjęło okres 72 miesięcy, zaś Odwołujący 36 miesięcy. Zatem wartość tak istotnych urządzeń, jakie wskazano w odpowiedziach na pytania nr 3 i 10, w ofercie Konsorcjum TYSAND byłaby zapewne dużo wyższa, ze względu na ich kluczowość i ciągłą pracę eksploatacyjną. Podsumowując, dodatkowe elementy przedmiotu zamówienia wynikające z cytowanej odpowiedzi Zamawiającego nie zostały w ogóle objęte ofertą przetargową Konsorcjum TYSAND (na co dodatkowo wskazuje bardzo niska wycena działu 1.15), co powoduje niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia.

i) Odwołujący przypomniał, że Zamawiający narzucił wykonawcom treść załącznika - Informacji cenowej, wymagając podania w tym dokumencie m.in. następujących parametrów cenotwórczych (sekcja B): Branża budowlana, Instalacje sanitarne wewnętrzne, Instalacje sanitarne zewnętrzne, instalacje elektryczne, instalacje teletechniczne i roboty drogowe.

Odwołujący podniósł, że wykonawca Konsorcjum TYSAND w złożonej wraz z ofertą Informacji cenowej nie podał wymaganych wskaźników cenotwórczych dla pkt III - VI tj. w zakresie Instalacji Sanitarnych Zewnętrznych, Instalacji Elektrycznych, Instalacji Teletechnicznych, Robót Drogowych. Przedmiotowy brak oznacza niezgodność treści oferty Konsorcjum TYSAND z warunkami zamówienia. Przypomnieć należy, że zgodnie z cytowanymi w odwołaniu postanowieniami Projektu Umowy, ww. wskaźniki cenotwórcze są wymagane i niezbędne w sytuacji, gdy na etapie realizacji zamówienia dojdzie do wykonania robót dodatkowych, zamiennych, etc.

Ad zarzutu wskazanego w pkt 2 petitum odwołania.

Odwołujący wskazał, że stosownie do przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187 ustawy Pzp, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. W toku badania i oceny złożonych ofert Zamawiający pismem z dnia 25 sierpnia 2021 r. wystosował do wykonawcy Konsorcjum TYSAND wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej wraz z ofertą Informacji cenowej. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum TYSAND pismem z dnia 26 sierpnia 2021 r. udzieliło wyjaśnień co do kwestii wypełnienia Informacji cenowej. Odwołujący podniósł, że udzielone wyjaśnienia potwierdzają wadliwość Informacji cenowej złożonej wraz z ofertą, tym samym zasadne są zarzuty sformułowane powyżej w odwołaniu.

Po pierwsze, Konsorcjum TYSAND poinformowało Zamawiającego, że w informacji cenowej wkradły się błędy wynikające z błędnego przekonwertowania danych z systemu kosztorysowego wykonawcy do wymaganego przez zamawiającego formatu .pdf polegającego na przypisaniu w tych pozycjach nieprawidłowych wartości cenowych. Zdaniem Odwołującego wskazany powód popełnienia błędów nie może zostać uznany za skuteczne wytłumaczenie. To na wykonawcy, jako profesjonaliście, spoczywał obowiązek dochowania należytej staranności i prawidłowego wypełnienia oraz złożenia Informacji cenowej, a w szczególności uwzględnienia wymaganych udzielonymi odpowiedziami zakresów prac, przez dopisanie odpowiednich pozycji, zgodnie z jasno wyartykułowanymi żądaniami Zamawiającego. Wykonawca nie wypełnił jednak tych obowiązków i nie zastosował się do wymagań Zamawiającego. Po drugie, Konsorcjum TYSAND wskazywało, że w cenie ofertowej uwzględniono wszelkie prace objęte dokumentacją oraz SWZ, w tym elementy wskazane w odpowiedziach na pytania wykonawców, natomiast pozycje, o które zamawiający pyta w wezwaniu, uwzględnione zostały w następujących pozycjach informacji cenowej wykonawcy (wskazano szereg pozycji Informacji cenowej). Odwołujący stwierdził, że złożone oświadczenie jest gołosłowne, bo brakujące zakresy i pozycje, które rzekomo zostały uwzględnione w innych pozycjach, nie znajdują odzwierciedlenia w złożonej wraz z ofertą Informacji cenowej. Innymi słowy, brakujących zakresów prac i pozycji próżno szukać w dokumencie ofertowym pochodzącym od Konsorcjum TYSAND. Po trzecie, doskonałym potwierdzeniem zasadności zarzutów Odwołującego jest fakt, iż Konsorcjum TYSAND wraz ze złożonymi wyjaśnieniami przesłało uzupełnioną informację cenową z wydzielonymi pozycjami, o których mowa w wyjaśnieniach Konsorcjum TYSAND. Porównanie Informacji cenowej złożonej pierwotnie z ofertą z Informacją cenową otrzymaną przez Zamawiającego wraz z wyjaśnieniami wykonawcy dobitnie wskazuje, iż po upływie terminu składania ofert w Postępowaniu doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty Konsorcjum TYSAND. Akceptacja nowej Informacji cenowej przez Zamawiającego oznacza, w ocenie Odwołującego, bezpodstawne przyzwolenie Zamawiającego na zmianę treści oferty wykonawcy, a jednocześnie stanowi nieuprawnione prowadzenie z wykonawcą negocjacji dotyczącej złożonej oferty, co pozostaje sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Z opisanych względów Odwołujący stoi na stanowisku, że nowa Informacja cenowa złożona przez Konsorcjum TYSAND, jako dokument zmodyfikowany oraz złożony po upływie terminu składania ofert, nie może być w ogóle brana pod uwagę przez Zamawiającego. Zamawiający powinien dokonać weryfikacji Informacji cenowej złożonej pierwotnie, wraz z ofertą, i w związku z uchybieniami i błędami w niej zawartymi wyciągnąć stosowne konsekwencje wobec Konsorcjum TYSAND.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał, iż poddał analizie także uzupełnioną przez Konsorcjum TYSAND Informację cenową. Nowa Informacja cenowa także zawiera, zdaniem Odwołującego, braki oraz uchybienia tj.:

a) Konsorcjum TYSAND, samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego, we wskazanych w odwołaniu pozycjach dokonało modyfikacji ceny jednostkowej. Konsorcjum TYSAND modyfikując, w sposób bezpodstawny, Informację cenową, nie uznało cen jednostkowych, podanych pierwotnie, za prawidłowe, lecz z niewiadomych przyczyn dokonało zwiększenia ich wartości. Zatem Konsorcjum TYSAND zaingerowało w treść Informacji cenowej, dokonując jej modyfikacji w sposób jednostronny tj. korzystny dla wykonawcy, a nie dla Zamawiającego.

b) Pozycje 403, 408, 413, 418, 425, 429 - Konsorcjum TYSAND, samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego, w przedmiotowych pozycjach dokonało modyfikacji zarówno ceny jednostkowej, jak i wartości łącznej danej pozycji.

Powyższa zmiana cen jednostkowych oraz wartości łącznej ww. pozycji jest w ocenie Odwołującego o tyle kuriozalna i niezrozumiała, że Konsorcjum TYSAND w złożonych

pismem z dnia 26 sierpnia 2021 r. wyjaśnieniach wskazywało, że pozycje 403, 408, 413, 418, 425, 429 powinny wynosić 0,00 zł zarówno co do sumy jak i co do cen jednostkowych, gdyż zostały one uwzględnione w innych pozycjach informacji cenowej. To oznacza, że Konsorcjum TYSAND usiłując wytłumaczyć się z ewidentnych braków i błędów w przygotowanej Informacji cenowej, gubi się w koncepcji obrony tego dokumentu, udzielając Zamawiającemu wyjaśnień pozostających w rażącej sprzeczności z dokonaną przez siebie modyfikacją Informacji cenowej. Podkreślenia wymaga również, że Konsorcjum TYSAND modyfikując bezpodstawnie ceny jednostkowe doprowadziło jednocześnie do zwiększenia sum ww. pozycji w stosunku do pierwotnej Informacji cenowej, co jednak, z niewiadomych przyczyn, nie przełożyło się w żaden sposób na łączną cenę ofertową podaną w podsumowaniu Informacji cenowej (cena całkowita nie uległa zwiększeniu).

c) Konsorcjum TYSAND zmodyfikowało pozycje 2795, 2796 Informacji cenowej (obniżenie cen jednostkowych oraz wartości łącznej obu pozycji), a następnie dodało nową pozycję (której brak zarzuca właśnie Odwołujący w pkt A.2 lit. f uzasadnienia odwołania)

d) Konsorcjum TYSAND zmodyfikowało wskazane w odwołaniu pozycje Informacji cenowej (obniżenie cen jednostkowych oraz wartości łącznej pozycji), a także dodało nowe pozycje - dotyczy następujących pozycji, wskazanych w wyjaśnieniach Konsorcjum TYSAND złożonych pismem z dnia 26 sierpnia 2021 r.

Podobnie, jak w przypadku złożonej wraz z ofertą Informacji cenowej, Odwołujący dokonał własnego przeliczenia i sumowania pozycji kosztorysowych ujętych w nowej, zmodyfikowanej Informacji cenowej złożonej przez Konsorcjum TYSAND w dniu 26 sierpnia 2021 r. Wykonane przez Odwołującego obliczenia arytmetyczne wskazują na łączną cenę oferty w wysokości 41 412 201,82 zł netto (zmiana w stosunku do wyliczeń Odwołującego w zakresie pierwotnej Informacji cenowej - kwota 41 409 329,78 zł netto). Stosowne wyliczenia Odwołującego zostały przedstawione w załączniku nr 6 do odwołania. Także w przypadku zmodyfikowanej Informacji cenowej mamy do czynienia z różnicą cenową prawie miliona złotych, co Zamawiający skrzętnie przemilczał, nie wzywając Konsorcjum TYSAND do kolejnych wyjaśnień treści Informacji cenowej, jak też nie dokonując żadnych czynności zmierzających do poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie Konsorcjum TYSAND. Reasumując, w związku ze złożeniem przez Konsorcjum TYSAND zmodyfikowanej Informacji cenowej, w niniejszym postępowaniu doszło do nieuprawnionej zmiany treści oferty Konsorcjum TYSAND po upływie terminu składania ofert. Zignorowanie tego faktu przez Zamawiającego i brak wyciągnięcia konsekwencji w stosunku do tego wykonawcy (odrzucenie oferty, czy też poprawienie omyłek rachunkowych w ofercie), pomimo podwyższania przez niego cen jednostkowych i wartości łącznej w wielu pozycjach, przy zachowaniu ceny całkowitej podanej w podsumowaniu Informacji cenowej, stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad zarzutu wskazanego w pkt 3 i 6 petitum odwołania.

Stosownie do postanowień Rozdziału 8 SWZ, ust. 1 pkt 4), o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej tam opisany. Odwołujący wskazał, że jak wynika z treści oferty złożonej przez Konsorcjum TYSAND, wykonawca ten w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zdolnościach innego podmiotu. Konsorcjum TYSAND w tym celu, zgodnie z wymaganiami SWZ, złożyło wraz z ofertą załącznik nr 13, oświadczając, iż powołując się na potencjał podmiotu trzeciego. Ponadto, w złożonej ofercie znajduje się pisemne zobowiązanie ww. podmiotu do udostępnienia zasobów, w którym podmiot ten zobowiązuje się do udostępnienia Konsorcjum TYSAND wiedzy i doświadczenia przy wykonaniu prac związanych z budową niecki basenowej w technologii żelbetowej o głębokości min. 5m i pojemności min. 450m3. Dokładnie w takim zakresie, tj. wykonanie niecki basenowej w technologii żelbetowej, podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do podwykonawstwa w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że za wyjątkiem ww. pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego w złożonych w toku postępowania dokumentach Konsorcjum TYSAND nie wskazywało na żadną inną robotę budowlaną czy też referencję, poza tą pochodzącą od tego podmiotu.

Odwołujący podniósł, iż warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie roboty budowlanej wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, polegającej na budowie budynku krytego basenu o kubaturze nie mniejszej niż 18 000,00 m3 wraz z niecką basenową w technologii żelbetowej o głębokości min 5m i pojemności min. 450m3 gdzie wartość robót wynosiła co najmniej 24 000 000 zł brutto. Odwołujący podniósł, iż zakres udostępnionych Konsorcjum TYSAND przez Budokart S.C. Z. B., G. M. podmiot trzeci zasobów nie dowodzi spełnienia opisanego w SWZ warunku udziału w postępowaniu.

Podmiot trzeci ani nie użyczył zdolności zawodowych w zakresie budowy budynku krytego basenu o kubaturze nie mniejszej niż 18 000,00 m3, o wartości robót co najmniej 24 000 000 zł brutto, z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, ani nie zobowiązała się do wykonania robót budowlanych w takim właśnie zakresie. Okoliczność ta wynika wprost z treści pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów, gdzie wskazano, że udostępnieniu (oraz konsekwentnie podwykonawstwu) podlega jedynie fragment zdolności wymaganych w warunku udziału w postępowaniu, dotyczący niecki basenowej.

W związku z powyższym w niniejszym postępowaniu nie doszło w ocenie Odwołującego do skutecznego udostępnienia zasobów, tj. udostępnienia zasobów w takim zakresie, który dowodziłby spełnienia przez wykonawcę ww. warunku udziału w postępowaniu i pokrywałby pełen zakres robót i elementów wymaganych przez Zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu. W konsekwencji nie sposób uznać, by wykonawca wykazał spełnienie warunku opisanego w Rozdziale 8 SWZ, ust. 1 pkt 4) SWZ. Konsekwentnie, za nieprawidłowe (i jednocześnie dowodzące zasadności ww. zarzutu odwołania) należy uznać oświadczenie z art. 117 ustawy Pzp, złożone przez Konsorcjum TYSAND w toku postępowania. Oświadczenie to jest ściśle związane z warunkami udziału w postępowaniu i powinno wskazywać na zakresy prac, jakie wykonają poszczególni konsorcjanci w zależności od tego, w jakim zakresie wykazują spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W treści oświadczenia z art. 117 ustawy Pzp poszczególni konsorcjanci zobowiązali się jednak do wykonania takich zakresów prac, w jakich w ogóle nie wykazują spełniania warunków udziału w postępowaniu. Żaden z wykonawców nie przedstawił bowiem na wezwanie Zamawiającego jakiejkolwiek własnej referencji, która ‘pokrywałaby' cały warunek udziału w postępowaniu. Zatem Konsorcjum TYSAND w oświadczeniu z art. 117 ustawy Pzp nie mogło wskazać, iż będzie realizować samodzielnie tak duży zakres robót.

Odwołujący wskazał, że celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca Konsorcjum TYSAND polega na zasobach innego podmiotu. To zatem inny podmiot, jako posiadający wiedzę i doświadczenie (zdolności zawodowe) w wykonaniu roboty budowlanej wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, polegającej na budowie budynku krytego basenu o kubaturze nie mniejszej niż 18 000,00 m3 wraz z niecką basenową w technologii żelbetowej o głębokości min 5m i pojemności min. 450m3 gdzie wartość robót wynosiła co najmniej 24 000 000 zł brutto, winien w treści pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów zobowiązać się do wykonania co najmniej takiego zakresu robót, jaki wynika z warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta znajduje wprost odzwierciedlenie w przepisie art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Innymi słowy, firma udostępniająca potencjał powinna w treści pisemnego zobowiązania do udostępnienia zasobów zobowiązać się do podwykonawstwa w zakresie budowy budynku krytego basenu wraz z niecką basenową w technologii żelbetowej, zaś Konsorcjum TYSAND w oświadczeniu składanym w związku z art. 117 ustawy Pzp winno pominąć ww. zakres prac, gdyż będą to prace realizowane przez podwykonawcę.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający odpowiedzią na pytanie nr 6 (zestaw IX - 02.07.2021 r.), nie zrezygnował z postanowienia umownego, zgodnie z którym nie dopuszcza zawarcia przez Podwykonawców umów z dalszymi Podwykonawcami. Powyższe może wpłynąć na decyzję podmiotu trzeciego jako podmiotu użyczającego wykonawcy swoje zasoby, gdyż podmiot udostępniający będzie musiał wykonać zobowiązanie w całości bez podwykonawców, zaś Konsorcjum TYSAND nie może wykonywać żadnych robót (wykonawca samodzielnie nie wykazuje spełniania warunku udziału w postępowaniu). Zatem wykonanie wszystkich prac (robót) objętych warunkiem udziału w postępowaniu pozostaje w całości na barkach podmiotu udostępniającego zasoby, który ponosi w tym zakresie pełną odpowiedzialność i ryzyka.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ustawy Pzp, było wymagane już wraz z ofertą (vide: art. 117 ust. 4 ustawy Pzp). Tymczasem Konsorcjum TYSAND nie przedstawiło wymaganego oświadczenia wraz z ofertą, lecz samodzielnie, bez wezwania zamawiającego, złożyło je (szt. 2) przez platformę zakupową dopiero w dniu 6 września 2021 r.

Okoliczność ta ma znaczenie choćby z tego względu, iż w przypadku stwierdzenia przez Izbę ewentualnych nieprawidłowości w treści złożonego oświadczenia (o czym była mowa powyżej w zarzucie odwołania), oświadczenie to nie podlega już uzupełnieniu. Poprzez samodzielne złożenie oświadczenia Konsorcjum TYSAND odebrało sobie bowiem możliwość jego uzupełnienia na wezwanie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego w brzmienia warunku wynika w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musiał się wykazać wykonaniem co najmniej jednej roboty budowlanej, spełniającej wymagania w nim określone, wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie. Wykazanie spełnienia opisanego warunku udziału w postępowaniu miało nastąpić przez złożenie, na wezwanie Zamawiającego, podmiotowego środka dowodowego w postaci wymaganego postanowieniami Rozdziału 9 pkt 1 ppkt 7 SWZ wykazu robót budowlanych opisanych w rozdziale 8 pkt 4) a) SWZ wraz z dowodami określającymi, czy te roboty zostały wykonane należycie, zgodnie z treścią załącznika nr 6 do SWZ. Do wykazu zostały załączone referencje wystawione przez Aerotunel Sp. z o.o., których treść powtarza informacje zamieszczone w wykazie robót budowlanych. Co jednak najważniejsze, ani w wykazie robót budowlanych, ani w załączonych do tego wykazu referencjach nie ma żadnej wzmianki, czy Budokart S.C. Z. B., G. M. oprócz wykonania ww. budowy budynku krytego basenu Deepspot w Mszczonowie uzyskał również pozwolenie na jego użytkowanie. Ani wykaz robót budowlanych, ani załączone do tego wykazu referencje nie zawierają żadnych informacji w tym zakresie. W związku z powyższym uznać trzeba, że Konsorcjum TYSAND nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, co oznacza, że jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił, że to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to Zamawiający ma obowiązek odrzucić jego ofertę. W świetle ustawy Pzp nie ma zatem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, co nie budziło wątpliwości także na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ad zarzutu wskazanego w pkt 4 petitum odwołania.

Odwołujący wskazał, że z treści warunku wynika w sposób niebudzący żadnych wątpliwości, że wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musiał wykazać się wykonaniem budynku krytego basenu wraz z niecką basenową w technologii żelbetowej. Zamawiający wymagał przy tym określonej technologii wykonania niecki basenowej i nie dopuścił żadnej innej ani równoważnej.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum TYSAND w celu wykazania spełniania ww. warunku powołało się na zasoby innego podmiotu. Zarówno w wykazie robót budowlanych, złożonym przez Konsorcjum TYSAND w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, jak i w załączonych do tego wykazu referencjach wskazano, cyt.: Niecka basenowa w technologii żelbetowej. Zatem to na podstawie powyższych informacji Zamawiający uznał, że Konsorcjum TYSAND spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia. Tymczasem jak wynika z posiadanych przez Odwołującego informacji na temat inwestycji dotyczącej budowy budynku krytego basenu Deepspot w Mszczonowie, niecka tego basenu nie została wykonana w technologii wymaganej przez zamawiającego (tj. żelbetowej), ale w technologii mieszanej, zwanej również hybrydową, tj. stalowo-żelbetowej, czyli innej niż wymagana w warunku. Zastosowanie konstrukcji mieszanej, zwanej również hybrydową, zakłada wykorzystanie zarówno elementów żelbetowych, jak i stalowych. Jest to połączenie obu ww. elementów, stanowiące pośrednie rozwiązanie, inne niż wymagana w warunku technologia żelbetowa. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że informacje przedstawione przez Konsorcjum TYSAND w wykazie robót budowlanych są w tym zakresie niezgodne z prawdą i wprowadzają w błąd, gdyż w rzeczywistości w ramach budowy budynku krytego basenu Deepspot w Mszczonowie nie została wykonana niecka basenowa w technologii żelbetowej o głębokości min. 5m i pojemności min. 450m3. Różnica między technologią żelbetową a technologią mieszaną (hybrydową) jest zasadnicza i oczywista a technologii tych nie można ze sobą utożsamiać. Zestawienie posiadanych przez Odwołującego informacji na temat technologii wykonania niecki basenowej w budynku krytego basenu Deepspot w Mszczonowie z informacjami przedstawionymi na ten temat przez Konsorcjum TYSAND w wykazie robót budowlanych i referencjach nie pozostawia żadnych wątpliwości, że Konsorcjum TYSAND przedstawiło w ww. wykazie i referencjach informacje nieprawdziwe, tj. niezgodne z obiektywnie istniejącą rzeczywistością. Gdyby Konsorcjum TYSAND w ww. wykazie i referencjach przedstawiło informacje na temat technologii wykonania niecki basenowej w budynku krytego basenu Deepspot w Mszczonowie zgodnie z prawdą, to nie wykazałoby spełniania warunku dotyczącego doświadczenia. Konsorcjum TYSAND wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i jednocześnie przedstawiło informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Zamawiający bowiem na podstawie nieprawdziwych informacji przedstawionych przez Konsorcjum TYSAND uznał

(podjął decyzję), że Konsorcjum TYSAND spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia i że tym samym jego oferta nie podlega odrzuceniu. Zamawiający wskazał w Rozdziale 22 SWZ, że przewiduje podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał tam też wprost, że przewiduje wykluczenie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp). W okolicznościach niniejszej sprawy mamy, zdaniem Odwołującego, do czynienia ze spełnieniem wszystkich trzech przesłanek o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnośnie przesłanki 1 odwołujący wskazał, że przez wprowadzenie w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji należy rozumieć w szczególności przekazanie przez wykonawcę informacji, w wyniku których zamawiający pozostaje w błędnym przekonaniu co do rzeczywistego stanu rzeczy. Błędne postrzeganie przez zamawiającego określonych okoliczności musi zatem bezpośrednio wynikać z zachowania wykonawcy. W wyniku przedstawienia informacji w wykazie robót budowlanych i w referencjach Zamawiający pozostawał w błędnym przekonaniu co do spełnienia przez

Konsorcjum TYSAND warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, pomimo iż w rzeczywistości Konsorcjum TYSAND tego warunku nie spełnia.

Co do przesłanki 2, Odwołujący wskazał, że Konsorcjum TYSAND powołało się na inwestycję dotyczącą budowy budynku krytego basenu Deepspot w Mszczonowie a informacje na temat tej inwestycji, zwłaszcza co do technologii wykonania niecki basenowej, są powszechnie i łatwo dostępne dla każdego zaineresowanego. Każdy wykonawca działający z należytą starannością mógł i powinien upewnić się, czy podane przez niego informacje dotyczące technologii wykonania niecki basenowej są zgodne z prawdą, zwłaszcza, że technologia ta stanowiła jeden z najważniejszych elementów warunku doświadczenia. Zdaniem Odwołującego, okoliczności niniejszej sprawy nie pozostawiają żadnych wątpliwości, że Konsorcjum TYSAND działało w warunkach rażącego niedbalstwa, nie zachowując choćby elementarnej staranności i w żaden sposób nie weryfikując prawdziwości informacji podanych w wykazie robót budowlanych i referencjach. W ocenie Odwołującego rażące niedbalstwo Konsorcjum TYSAND jest oczywiste, zwłaszcza biorąc pod uwagę to, że weryfikacja prawdziwości informacji podanych w wykazie robót budowlanych i referencjach nie nastręczała żadnych trudności a Konsorcjum TYSAND jako podmiot od lat ubiegający się o zamówienia publiczne ma pełną świadomość tego, że wykonawcy muszą sprawdzać prawdziwość informacji, które chcą podać Zamawiającemu. W szczególności wykonawcy są obowiązani sprawdzać prawdziwość informacji przekazywanych im przez inne podmioty, np. udostępniające zasoby. Konsorcjum TYSAND zachowało się, zdaniem Odwołującego, w sposób, który rażąco odbiega od wzorca należytej staranności, czyli dopuściło się rażącego niedbalstwa. Odwołujący wskazał, że rażące niedbalstwo zachodzi wtedy, gdy stopień naganności postępowania drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach zachowania się dłużnika.

Co do przesłanki 3, Odwołujący wskazał, że błąd, w który został wprowadzony Zamawiający, dotyczy informacji co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Składając nieprawdziwe informacje Konsorcjum TYSAND chciało przekonać Zamawiającego, że spełnia warunek dotyczący doświadczenia i tym samym uniknąć odrzucenia oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp). Zamawiający wskazał w Rozdziale 22 SWZ, że przewiduje podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał tam też wprost, że przewiduje wykluczenie wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp).

W ocenie Odwołującego opisane powyżej zachowanie Konsorcjum TYSAND wypełnia również przesłanki wykluczenia określone w ww. przepisie i postanowieniu SWZ. W orzecznictwie KIO nie budzi bowiem wątpliwości, że przesłanka wykluczenia ujęta w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp jest bardziej pojemna i zawiera w sobie przesłanki wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, które można uznać za kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. Odwołujący nie ma żadnych wątpliwości, że Konsorcjum TYSAND co najmniej nie dołożyło należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazuje, że jeśli nawet przyjąć, iż Konsorcjum TYSAND nie działało w sposób rażąco niedbały, to niewątpliwie zachowanie Konsorcjum TYSAND cechowało co najmniej niedbalstwo, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy

Pzp. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Konsorcjum TYSAND powinno było zatem dochować należytej staranności wymaganej od przedsiębiorców składających oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Złożenie wykazu robót budowlanych z informacjami na temat technologii wykonania niecki basenowej tak dalece niezgodnymi z rzeczywistością należy uznać za zachowanie zdecydowanie odbiegające od obowiązującego w tym zakresie miernika należytej staranności, co w konsekwencji należy ocenić co najmniej jako niedbalstwo.

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum TYSAND, zachowując choćby elementarną staranność, mogło i powinno zweryfikować prawdziwości informacji podanych w wykazie robót budowlanych i referencjach, zwłaszcza, że informacje te dotyczyły inwestycji zrealizowanej przez inny podmiot, co obligowało Konsorcjum TYSAND do ich drobiazgowego sprawdzenia. Konsorcjum TYSAND tego jednak nie uczyniło i przedstawiło informacje (tj. złożyło wykaz robót budowlanych i referencje) wskazując w nich, że spełnia warunek dotyczący doświadczenia, chcąc uniknąć odrzucenia oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, przez co wprowadziło w błąd Zamawiającego i w istotny sposób wpłynęło na decyzję Zamawiającego uznającą, że Konsorcjum TYSAND spełnia warunek dotyczący doświadczenia.

Ad zarzutu wskazanego w pkt 7 petitum odwołania.

Jak wskazał Odwołujący, stosownie do przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jak już wskazano powyżej w uzasadnieniu odwołania, Zamawiający odpowiedziami na pytania nr 3 i 10 (zestaw XXIV) dwukrotnie wskazał, iż dostawa następujących urządzeń: pompa próżniowa, sprężarki, zbiorniki powietrza technicznego, powietrza oddechowego, tlenu medycznego, leży po stronie Wykonawcy.

Odwołujący wskazywał również, iż Konsorcjum TYSAND w złożonej wraz z ofertą Informacji cenowej nie ujęło i nie wyceniło kosztów zakupu i dostawy ww. wymaganych urządzeń.

Odwołujący podniósł, iż brak wyceny przedmiotowego zakresu zamówienia, ściśle skorelowany z bardzo niską wyceną działu 1.15 Technologia gazów oddechowych (kwota 1 794 208,10 zł - Konsorcjum TYSAND vs. kwota 4 095 757,8 zł - Odwołujący), powoduje, iż ta istotna część składowa zaoferowanej ceny tj. cena za zakres określony w dziale 1.15, obejmujący Technologię gazów oddechowych, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Co więcej, brak ujęcia kosztów zakupu i dostawy kompletu wymaganych urządzeń powinien dodatkowo wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego.

Z tych względów, Zamawiający zobowiązany był wszcząć w stosunku do Konsorcjum TYSAND procedurę określoną w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i za jej pomocą zweryfikować prawidłowość wyceny działu 1.15 Technologia gazów oddechowych, czego jednak w

niniejszym postępowaniu nie uczynił.

Ad zarzutu wskazanego w pkt 8 petitum odwołania.

Odwołujący wskazał, że jak wynika z zamieszczonego w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej „streszczenia ceny i porównania złożonych ofert", oferta Konsorcjum TYSAND uzyskała łącznie 93,27 pkt, zaś oferta Odwołującego 83,28 pkt. Jeśli chodzi o kryterium „Doświadczenie kierownika budowy", oferta Konsorcjum TYSAND otrzymała maksymalną ilość punktów tj. 15, zaś oferta Odwołującego 5,78 pkt.

Odwołujący podniósł, iż przyznana punktacja jest nieprawidłowa, bo oferta Konsorcjum TYSAND nie powinna otrzymać żadnych punktów w kryterium „Doświadczenie kierownika budowy /KB/". Przesądzają o tym następujące okoliczności. Pismem z dnia 20.07.2021 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SWZ. Zamawiający m.in. zmodyfikował wagę kryterium „Doświadczenie kierownika budowy /KB/", ustalając ją na poziomie 15%, oraz wskazał, że doświadczenie kierownika rozpatrywane będzie na podstawie informacji dotyczących doświadczenia zawodowego osoby wyznaczonej przez Wykonawcę do realizacji zamówienia na stanowisku Kierownika budowy, zawartych w dołączonej do Formularza Oferty, „Informacji dotyczącej pozacenowego kryterium oceny ofert". Odwołujący wyjaśnił, że jednocześnie Zamawiający odesłał do Załącznika nr 5 (tabela - doświadczenie kierownika budowy), w którym wskazał, w kolumnie 2, iż podstawą przyznania punktów będzie doświadczenie w realizacji zakończonej niecki basenowej w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2 i głębokości min 1,0 m w najpłytszym miejscu (liczonej od dna niecki do lustra wody).: 1.nazwa inwestycji 2.adres Konsorcjum TYSAND wraz z ofertą złożyło Załącznik nr 5, zawierający Doświadczenie kierownika budowy /KB/. W tabeli wskazano osobę - pana G. K., zaś jako realizację zakończonej niecki basenowej w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2 i głębokości min 1,0 m w najpłytszym miejscu (liczonej od dna niecki do lustra wody) wskazano inwestycję pn. Budowa budynku krytego basenu Deepspot w Mszczonowie, zlokalizowaną w Mszczonowie, ul. Warszawska 50.

Odwołujący podniósł, iż wskazana w tabeli inwestycja została już zakwestionowana w niniejszym odwołaniu (vide: ad zarzutu 4). Odwołujący wskazał, ze jak wynika z najlepszej wiedzy posiadanej przez Odwołującego, niecka basenu Deepspot w Mszczonowie nie została wykonana w technologii żelbetowej, ale w technologii mieszanej, zwanej również hybrydową, tj. stalowo-żelbetowej. Zastosowanie konstrukcji mieszanej, zwanej również hybrydową, zakłada wykorzystanie zarówno elementów żelbetowych, jak i stalowych. Jest to połączenie obu ww. elementów, stanowiące pośrednie rozwiązanie, inne niż wymagana w kryterium technologia żelbetowa. Różnica między technologią żelbetową a technologią mieszaną (hybrydową) jest zasadnicza i oczywista a technologii tych nie można ze sobą utożsamiać.

Z powyższych względów, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyznanie ofercie Konsorcjum TYSAND punktów w kryterium Doświadczenie kierownika budowy /KB/. Okoliczność ta ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, gdyż brak przyznania punktów ofercie Konsorcjum TYSAND zmienia wynik postępowania - ofertą najkorzystniejszą będzie wówczas oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący nadmienił również, iż ilość punktów otrzymana przez niego w kryterium Doświadczenie kierownika budowy /KB/ wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający przyznawał punkty w tym kryterium tylko i wyłącznie za doświadczenie w realizacji niecki basenowej w technologii żelbetowej. Odwołujący wskazał, we własnej tabeli, doświadczenie kierownika budowy, podając m.in. dwie realizacje zakończonej niecki basenowej w technologii stalowej (basen ze zjeżdżalniami oraz basen solankowy w kompleksie sportowo-rekreacyjnym „Termy Maltańskie" w Poznaniu), jednak Zamawiający nie przyznał mu punktów za żadną z tych realizacji.

Odwołujący nadmienił, powołujący się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie - art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności" (wyrok z dnia 07 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1573/15). Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert. Tym samym, uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz - po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności - dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia,

lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty, Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, zamawiający nie zauważył, bądź celowo pominął, szereg uchybień, błędów i rozbieżności występujących w ofercie Konsorcjum TYSAND, a także wyjaśnieniach i dokumentach składanych na wezwania Zamawiającego. Zamawiający dokonał jednak wyboru tej oferty, pomimo, że nie jest ona najkorzystniejszą. Zatem potraktowanie na równi oferty Konsorcjum TYSAND, która winna podlegać odrzuceniu, z ofertą Odwołującego, której treść odpowiada warunkom zamówienia a sam Odwołujący nie podlega wykluczeniu, stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że celem prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 239 ustawy Pzp. Nie sposób przy tym przeoczyć faktu, iż Zamawiający dokonał wyboru oferty, której cena jest o ponad 5,5 mln zł wyższa od ceny oferty Odwołującego. Co więcej, jak dowodzi niniejsze odwołanie, nie jest to oferta najkorzystniejsza w rozumieniu postanowień SWZ oraz przepisów ustawy Pzp. Zamawiający musi też pamiętać, że to na Nim spoczywa obowiązek gospodarowania środkami publicznymi w sposób pozwalający zachować dyscyplinę finansów publicznych. Zwiększenie przez Zamawiającego budżetu, podanego przed otwarciem ofert, o prawie 20 mln zł, do wysokości ceny oferty Konsorcjum TYSAND, a następnie dokonanie wyboru tej oferty, pomimo, że powinna ona zostać odrzucona, stanowi naruszenie tej dyscypliny, zgodnie z przepisami ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Wskazać również należy, że cena oferty Konsorcjum TYSAND, z uwagi na omyłki rachunkowe znajdujące się w Informacji cenowej złożonej przez tego wykonawcę, powinna ulec podwyższeniu o ponad 900 tysięcy złotych, co dodatkowo potęguje wysokość kwoty, o jaką Zamawiający powinien pierwotnie zwiększyć swój budżet, aby dokonać w dniu 23 września 2021 r. wyboru oferty Konsorcjum TYSAND jako najkorzystniejszej.

Składając odpowiedź na odwołanie z 29 października 2021 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów skazanych pkt VII ppkt 5, 6 i 7 petitum odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego 7 października 2021 r. zgłoszenie przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia TYSAND spółka jawna, J. K., J. S. z siedzibą w Gdańsku, S. K. prowadzący działalność pod firmą „Firma Remontowo - Budowlana „K.” S. K.” z siedzibą w Gdyni oraz D. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Twój Dom D. S.” z siedzibą w Bolszewie (dalej: „Przystępujący”), po stronie Zamawiającego.

Podczas posiedzenia z udziałem stron i uczestników, Zamawiający skorygował swoje oświadczenie w przedmiocie uwzględnienia części zarzutów odwołania w ten sposób, że ostatecznie uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt VII ppkt 5 i 7 petitum odwołania. Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu. Z treści uzasadnienia odpowiedzi na odwołanie wynika, że uwzględnienie zarzutu wskazanego w pkt 5 petitum odwołania dotyczy wykazu robót i referencji, nie dotyczy natomiast pozostałych dokumentów podmiotowych objętych treścią zarzutu, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego i oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie uwzględnionym przez Zamawiającego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555

ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto treść odpowiedzi na odwołanie, treść pisma procesowego Przystępującego z 1 listopada 2021 r. z wraz z załącznikami oraz dowody złożone w toku rozprawy.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia

sprawy.

W Rozdziale 8 „Informacje o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia" w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wskazał: „zdolności technicznej lub zawodowej

Opis spełnienia warunku:

a) Wykonawca musi posiadać doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych (załącznik nr

б) , w okresie ostatnich 10 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów.

Za spełnienie tego warunku Zamawiający uzna wykonanie co najmniej: jednej roboty budowlanej wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, polegającą na budowie budynku krytego basenu o kubaturze nie mniejszej niż 18 000,00 m3 wraz z niecką basenową w technologii żelbetowej o głębokości min 5m i pojemności min. 450m3 gdzie wartość robót wynosiła co najmniej 24 000 000 zł brutto.

Z uwagi na charakter przedmiotu zamówienia - budowa obiektu niestandardowego jakim jest Akademickie Centrum Technologii Podwodnych - oraz sytuację na rynku wykonawców (nieznaczna liczba wykonawców specjalizujących się w realizacji podobnych zamówień) Zamawiający dopuszcza możliwość wykazania się przez wykonawców zrealizowaniem wykonanych robót budowlanych, odpowiadających swoim rodzajem i wartościami robotom budowlanym, stanowiącym przedmiot zamówienia, wykonanych w okresie 10 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

b) Wykonawca musi dysponować osobami, (załącznik nr 7) skierowanymi do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnymi za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami."

Dokumentem składanym w celu wykazania spełniania tego warunku był Wykaz robót budowlanych opisanych w rozdziale 8 pkt 4) a) SWZ wraz z dowodami określającymi, czy te roboty zostały wykonane należycie (załącznik nr 6) (vide: Rozdział 9 pkt 7) SWZ).

W celu wykazania spełnienia ww. warunku Przystępujący powołał się na potencjał podmiotu trzeciego, załączając w tym celu oświadczenie tego podmiotu, z treści którego wynika, że zasoby te zostały udostępnione w następującym zakresie: „wiedza i doświadczenie przy wykonaniu prac związanych z budową niecki basenowej w technologii żelbetowej o głębokości m.in. 5 m i pojemności m.in. 450 m3". W pkt 2) dotyczącym sposobu wykorzystania zasobów przez Wykonawcę przy wykonaniu zamówienia wskazano: „podwykonawstwo w zakresie wykonania niecki basenowej w technologii żelbetowej, współpraca przy koordynacji pozostałych prac w ramach zamówienia". Jako charakter stosunku jaki będzie wykonawcę łączył z podmiotem trzecim wskazano „umowa o podwykonawstwo", wskazano też, że zakres i okres udziału podmiotu trzeciego „jak w pkt 2, przez okres realizacji całego zamówienia".

Izba ustaliła ponadto, że oświadczenie w trybie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp nie zostało przez Przystępującego złożone wraz z ofertą, a Zamawiający pismem z 30 sierpnia 2021 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia tego oświadczenia.

Jak wynika z treści Rozdziału 14 „Opis sposobu przygotowania oferty” pkt 15, Zamawiający wskazał, że: „ Dokumenty stanowiące ofertę, które należy złożyć:

a) Formularz ofertowy- sporządzony według wzoru (załącznik 1);

b) Informacja cenowa (w osobnym załączniku);

c) Pełnomocnictwo upoważniające do złożenia oferty, o ile ofertę składa pełnomocnik;

d) Pełnomocnictwo dla pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - dotyczy ofert składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;

e) Oświadczenie RODO - sporządzone według wzoru (załącznik nr 14);

f) Dowód potwierdzający ocenę kryterium (wypełniony załącznik nr 5);

g) Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby- sporządzony według wzoru (załącznik nr 13);

h) Dowód wniesienia wadium.”

Natomiast jak wynika z Rozdziału 17 SWZ „Sposób obliczenia ceny”, pkt 5 „Wynagrodzenie za przedmiot umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym”.

Ponadto z załącznika nr 3 zawierającego projekt umowy, wynika co następuje:

§2 „Terminy realizacji”: (...) 4. Wykonawca zobowiązuje się przed podpisaniem Umowy

do sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego uwzględniającego etapy robót, o których mowa w ust. 3, w zakresie kompletnej inwestycji. Harmonogram ten wymaga uprzedniej akceptacji Zamawiającego.

5. Harmonogram rzeczowo-finansowy, określający jednocześnie terminy realizacji poszczególnych etapów, o których mowa w ust. 3 i 4, wynikające z technologii prowadzenia robót z przedziałem czasowym - jednego tygodnia, przekazany Zamawiającemu stanowi Załącznik nr 3 do niniejszej Umowy. Terminy, o których mowa w niniejszym ustępie oznaczają planowane terminy wykonania poszczególnych części robót budowlanych zgodnie z art. 436 pkt 1 Pzp. (.) 8. Przed podpisaniem Umowy Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu następujące dokumenty: (.) c) harmonogram rzeczowo-finansowy realizacji zamówienia zgodny w zakresie wartości z informacją cenową zawartą w formularzu ofertowym (4 sztuki poświadczone za zgodność z oryginałem),

§11 „Wynagrodzenie za przedmiot Umowy”: „1. Za wykonany przedmiot Umowy, o którym mowa w § 1 niniejszej Umowy, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe określone w formularzu oferty, stanowiącym integralną część niniejszej Umowy (załącznik nr

2) ustalone na łączną kwotę brutto w wysokości: .... (słownie:

.....złotych), tj. netto w wysokości ..... zł + obowiązujący

podatek VAT ... % w wysokości ..... zł. (.) 2. Wynagrodzenie, o którym mowa w

ust. 1 płatne będzie za zakończone etapy robót, w częściach zgodnych z tymi etapami określonymi w harmonogramie rzeczowo-finansowym, jednak nie częściej niż 1 raz w miesiącu i z uwzględnieniem limitów środków finansowych, o których mowa w ust. 3 poniżej. (.) 5. W przypadku rezygnacji z wykonywania pewnych robót przewidzianych w dokumentacji projektowej („robót zaniechanych”) sposób obliczenia wartości tych robót, kwoty która zostanie potrącona Wykonawcy z wynagrodzenia ryczałtowego, przez co ulegnie ono proporcjonalnemu zmniejszeniu, będzie następujący:

a) w przypadku odstąpienia od całego elementu robót określonego w harmonogramie lub informacji cenowej, nastąpi odliczenie wartości tego elementu od ogólnej wartości przedmiotu Umowy;

b) w przypadku odstąpienia od części robót z danego elementu określonego w harmonogramie lub informacji cenowej, obliczenie niewykonanej części tego elementu nastąpi na podstawie odpowiedniego przeliczenia przez Zamawiającego i Wykonawcę, wartości robót zrealizowanych (tzw. inwentaryzacja) i tych pozostałych do realizacji. (.)"

§12 „Płatności dla Wykonawcy": „1. Strony postanawiają, że wynagrodzenie określone w § 11 ust. 1 Umowy płatne będzie

w częściach, tj. za zakończone etapy robót uwzględniających etapy prac zawarte

2. w harmonogramie rzeczowo-finansowym lub informacji cenowej, jednak nie częściej niż raz na miesiąc.

3. Poszczególne części wynagrodzenia, o których mowa w ust. 1 powyżej, płatne będą po wykonaniu części Umowy wg harmonogramu rzeczowo - finansowego stanowiącego załącznik nr 3 do niniejszej Umowy, na podstawie prawidłowo wystawionych przez Wykonawcę faktur.(.).

Pismem z 20 lipca 2021 r. Zamawiający zmodyfikował Rozdział 18 SWZ „Opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny", w ten sposób, że w poz. „Doświadczenie kierownika budowy /KB/" zamiast 20% i 20 punktów, powinno być 15% i 15 punktów. Ponadto zamiast: „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy wyznaczonego do uczestnictwa w realizacji zamówienia będzie punktowane w następujący sposób:

jeżeli Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe uzyskane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu przez cały okres realizacji danego zadania funkcji Kierownika budowy przy realizacji, od momentu przekazania placu budowy do odbioru końcowego robót:

1) trzech lub czterech zakończonych nieckach basenowych w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2 - otrzyma 5 punktów;

2) pięciu lub sześciu zakończonych nieckach basenowych w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2 - otrzyma 10 punktów;

3) siedmiu lub ośmiu zakończonych nieckach basenowych w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2 - otrzyma 15 punktów;

4) dziewięciu lub więcej zakończonych nieckach basenowych w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2 - otrzyma 20 punktów;"

powinno być: „Doświadczenie osoby wskazanej na stanowisko Kierownika budowy wyznaczonego do uczestnictwa w realizacji zamówienia będzie punktowane w następujący sposób:

Wykonawca wykaże, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika budowy posiada doświadczenie zawodowe uzyskane w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, polegające na pełnieniu przez cały okres realizacji danego zadania funkcji Kierownika budowy przy realizacji, od momentu przekazania placu budowy do odbioru końcowego robót basenów pływackich, kąpielowych lub nurkowych o powierzchni zwierciadła wody min. 40 m2 i głębokości min 1,0 m w najpłytszym miejscu (liczonej od dna niecki do lustra wody).

Wykonawca otrzyma ilość punktów równą sumie poszczególnych głębokości basenów pływackich, kąpielowych lub nurkowych spełniających powyższe wymagania."

Odpowiedniej modyfikacji uległa również treść załącznika nr 5 do SWZ, gdzie Zamawiający zamiast: „Realizacja zakończonej niecki basenowej w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2: 1.nazwa inwestycji 2.adres" wskazał: „Realizacja zakończonej niecki basenowej w technologii żelbetowej o lustrze wody min. 40m2 i głębokości min 1,0 m w najpłytszym miejscu (liczonej od dna niecki do lustra wody).: 1.nazwa inwestycji 2.adres"

Izba zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy treść przepisów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp

1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:
8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

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

art. 117 ustawy Pzp

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

art. 122 ustawy Pzp

Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba

że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

art. 223 ust. 2 ustawy Pzp

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 z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

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

art. 226 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy Pzp
1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie co do zarzutu naruszenia wskazanego w pkt 5 petitum odwołania, w zakresie w jakim zarzut ten odnosi się do zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp do Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego, na zasoby którego Przystępujący powołuje się w celu wykazania spełniania warunków działu w postępowaniu opisanego w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) SWZ lub do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia ten warunek. W pozostałym zakresie odwołanie podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt VII ppkt 1, 2 i 6 petitum odwołania, tj. grupy zarzutów koncentrujących się wokół Informacji cenowej stanowiącej załącznik do oferty, Izba wskazuje, że zarzuty te podlegały oddaleniu z następujących powodów.

Jak wynika z treści SWZ, Zamawiający poza wzmianką zawartą w Rozdziale 14 SWZ, pkt 15, a stanowiącą o tym, że Informacja na „stanowi ofertę" i ma być złożona wraz z ofertą, SWZ milczy na temat tego załącznika do oferty. Nawet w Rozdziale 17 SWZ referującym do sposobu obliczenia ceny, nie ma żadnego odniesienia do tego załącznika. Dopiero w załączniku nr 3 tj. w projekcie umowy poświęcono więcej uwagi Informacji cenowej. Podkreślenia również wymaga, że jak wprost wynika to z treści SWZ oraz z projektu umowy, wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy.

Z powyższego w ocenie Izby wynika zatem, że z punktu widzenia sposobu obliczenia ceny oferty w tym postępowaniu Informacja cenowa nie miała znaczenia. Odnosząc się w tym miejscu do twierdzenia Odwołującego zawartego na str. 8 uzasadnienia odwołania a dotyczącego tego, że z okoliczności sprawy nie wynika aby „Zamawiający w jakikolwiek sposób weryfikował prawidłowość wyliczenia ceny całkowitej podanej w Informacji cenowej Konsorcjum Tysand" podkreślić z całą mocą należy, że z żadnego miejsca w treści SWZ nie wynika aby wykonawcy mieli posłużyć się Informacją cenową w celu wyliczenia ceny orty. Sam Odwołujący również takiego postanowienia nie wskazał. W ocenie Izby mając na uwadze treść SWZ, należy uznać, że w samym postępowaniu o udzielenie zamówienia Informacja cenowa nie odgrywała żadnej istotnej roli poza informacją dla Zamawiającego na temat rozbicia ceny ofertowej między poszczególne pozycje Informacji cenowej. Ewentualna wartość Informacji cenowej przejawia się dopiero na etapie realizacji umowy, gdyż jak wynika z postanowień projektu umowy, Informacja cenowa ma znaczenie z punktu widzenia sporządzenia harmonogramu rzeczowo - finansowego, który zakwalifikować należy jako dokument pomocniczy przy rozliczeniu umowy w przypadkach w niej wskazanych. Harmonogram rzeczowo - finansowy mimo, że stanowi załącznik do umowy może podlegać zmianom, a te z kolei nie wymagają formy aneksu do umowy.

Charakter wynagrodzenia ryczałtowego ma to do siebie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca zobowiązuje się zrealizować zamówienie. Cena oferty musi być wobec tego skalkulowana w sposób kompletny, obejmując cały zakres zamówienia. W braku odmiennych postanowień, a jak wskazano wcześniej w tym postępowaniu takowych nie ma, można przyjąć, że kosztorysy, rozbicia ceny ofertowej, czy tak jak w tym postępowaniu informacja cenowa, pełnią rolę pomocniczą. Taki charakter zdaniem Izby, można Informacji cenowej przypisać również w tym postępowaniu. W ocenie Izby celem Informacji cenowej była prezentacja rozbicia ceny oferty w rozbiciu na poszczególne pozycje cenowe w celach porównawczych. Natomiast dopiero na etapie realizacji umowy informacja ta miała służyć sporządzeniu harmonogramu rzeczowo - finansowego. Wobec powyższych ustaleń ewentualne błędy, czy nieścisłość jakie wkradły się do treści Informacji cenowej nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty. Informacja cenowa nie stanowi bowiem w okolicznościach tej sprawy warstwy merytorycznej oferty, a ma jedynie charakter formalny i informacyjny. Innymi słowy nie stanowi oferty w ścisłym tego słowa znaczeniu. W tym zakresie Izba podziela argumentację przedstawioną przez Przystępującego w piśmie procesowym. Skoro nie jest to treść oferty nie ma podstaw do zastosowania art. 223. Nie ma również podstaw do zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ informacja cenowa nie jest dokumentem podmiotowym.

Odnosząc się natomiast do grupy zarzutów związanych z niespełnieniem przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, co następuje.

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że wobec ustalenia iż Zamawiający uwzględnił zarzut wskazany w pkt VII ppkt 5 petitum odwołania w zakresie w jakim dotyczył on wykazu robót oraz referencji, a Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu, Izba umorzyła postępowanie w tym zakresie. Tym samym złożone przez strony dowody dotyczące okoliczności, iż nie zostało wystawione pozwolenie na użytkowanie zostały przez Izbę oddalone jako nie mające znaczenia dla sprawy, bowiem dotyczące zakresu nieobjętego rozpoznaniem Izby. W tym miejscu Izba przypomina również, że postępowanie odwoławcze nie służy wyręczeniu Zamawiającego w przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia, a weryfikacji prawidłowości podjętych przez Zamawiającego w toku procedury zamówieniowej czynności. Ponadto Izba przypomina, że stosownie do treści art. 522 ust. 4 Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Następnie, odnosząc się do oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że zarzut nie potwierdził się. Przede wszystkim wskazać w tym miejscu należy, że w treści odwołania zarzut nie został skonkretyzowany. Jak wynika z treści art. 117 ustawy Pzp, oświadczenie składane na tej podstawie, składane jest w sytuacji, gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wykazują spełnienie warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2 oraz w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia i służy weryfikacji tego, że daną część zamówienia wykona ten z wykonawców, który rzeczywiście ma stosowne uprawnienia, wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie. Celem tego oświadczenia jest więc weryfikacja, czy zakres zamówienia co do którego należy się wykazać spełnieniem warunku udziału w postępowaniu będzie rzeczywiście wykonany przez członka konsorcjum, który wykazuje się spełnieniem tego warunku, analogicznie więc jak w przypadku złożenia oświadczenia przez podmiot trzeci na zasoby którego wykonawca powołuje się w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Innymi słowy,

jeśli nie zachodzi przesłanka, o której mowa w art. 117 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, oświadczenie takie nie jest składane.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy zauważyć należy, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej został skonstruowany w ten sposób, że Zamawiający wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych opisanych w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) lit. a) oraz dysponowania osobami opisanymi w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) lit b). Niewątpliwie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) lit a) SWZ Przystępujący w całości polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. Natomiast Przystępujący spełnia drugi warunek, dotyczący dysponowania osobami o określonym doświadczeniu, które będą skierowane do realizacji zamówienia, a oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest dla Zamawiającego źródłem informacji, że osoby te będą udostępnione przez Tysand, gdyż to ten podmiot zawrze z tymi osobami umowy cywilnoprawne.

W okolicznościach tej sprawy mamy do czynienia z sytuacją, gdzie Przystępujący w całości, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnoszącego się do doświadczenia w zakresie robót budowlanych, powołał się na potencjał podmiotu trzeciego. W ocenie Izby oświadczenie, w którym podmiot trzeci oddaje do dyspozycji swoje zasoby budzi wątpliwości, a zarzuty podniesione w tym zakresie przez Odwołującego są zasadne. Przystępujący, jak już wcześniej wskazano, polega w całości na potencjale podmiotu trzeciego, tj. w celu

wykazania spełnienia całego warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych, natomiast jak wynika z pkt 1) zobowiązania,

podmiot ten udostępnia „wiedzę i doświadczenie tylko przy wykonaniu prac związanych z budową niecki basenowej w technologii żelbetowej o głębokości m.in. 5 m i pojemności m.in. 450 m^3", podczas, gdy warunek udziału w postępowaniu jest znacznie szerszy i obejmuje robotę budowlaną wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, polegającą na budowie budynku krytego basenu o kubaturze nie mniejszej niż 18 000,00 m^3 wraz z niecką basenową w technologii żelbetowej o głębokości min 5m i pojemności min. 450 m^3. Również sposób udostępnienia choć spójny z pkt 1) zobowiązania, nie wpisuje się w brzmienie warunku, ponieważ obejmuje „podwykonawstwo w zakresie wykonania niecki basenowej w technologii żelbetowej, współpraca przy koordynacji pozostałych prac w ramach zamówienia", gdzie w szczelności ostatni człon budzi wątpliwości, gdyż nie jest do końca jasne jak należy rozumieć „współpracę przy koordynacji pozostałych prac". Wskazać natomiast należy, że jak podnosi się w orzecznictwie Izby, wykonawca może powołać się na potencjał innego podmiotu „w stosownych sytuacjach" oraz „w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części" przy czym podmiot, który udostępnia wykonawcy swój potencjał, musi zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, tj. tę część zamówienia, której dotyczy warunek. Zatem zobowiązanie do wykonania jedynie części zamówienia, gdy wykonawca powoływał się na doświadczenie w zakresie całości nie może być uznane za wystarczające. (por. wyrok z dnia 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 341/21, wyrok z dnia 1 lutego 2021 r. sygn. akt KIO 3545/20, wyrok z dnia 13 lipca 2020 sygn. akt KIO 1174/20 i przywołane tam orzecznictwo). W związku z powyższym Izba nakazała wezwanie Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 122 ustawy Pzp do Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego, na zasoby którego Przystępujący powołuje się w celu wykazania spełniania warunków działu w postępowaniu opisanego w Rozdziale 8 ust. 1 pkt 4) SWZ lub do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem albo wykazania, że samodzielnie spełnia ten warunek.

Nie potwierdziła się również ostatnia grupa zarzutów oscylująca wokół technologii

wykonania robót, tj. zarzuty wskazane w pkt 4 i 8 petitum odwołania.

W tym, miejscu Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony

i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla

stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W celu wykazania zasadności tej grupy zarzutów Odwołujący złożył opinię techniczną, którą Izba traktuje jako stanowisko własne Odwołującego. Opinia ta została sporządzona na podstawie zdjęć pochodzących ze

strony internetowej (profilu portalu społecznościowego Facebook) Deepspot i w istocie stanowi w ocenie Izby interpretację własną wybranych przez Odwołującego zdjęć. W ocenie Izby na tej podstawie nie można uznać, że Odwołujący wykazał w sposób niewątpliwy iż ziściły się przesłanki do zastosowania dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp oraz

że doświadczenie kierownika budowy w kryterium oceny ofert zostało ocenione w sposób wadliwy. W ocenie Izby Odwołujący nie sprostał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu. Natomiast Przystępujący, w celu wykazania bezzasadności zarzutów przedstawił dowody w postaci oświadczeń osób bezpośrednio zaangażowanych w wykonanie tych robót budowlanych, które Izba ocenia jako bardziej wiarygodne źródło informacji niż opina sprowadzająca się do interpretacji wybiórczych zdjęć. Ponadto, w obliczu przyznania przez Odwołującego, że „informacje na temat tej inwestycji, zwłaszcza co do technologii wykonania niecki basenowej, są powszechnie znane i łatwo dostępne dla każdego zainteresowanego" (vide: str. 26 odwołania), Izba dała również wiarę Zamawiającemu, gdy wyjaśnił on, że zweryfikował technologię wykonania robót we własnych zakresie (vide: str. 5 protokołu rozprawy).

Reasumując, mając na uwadze zgromadzony w sprawie materiał dowody Izba uznała, że nie potwierdziły się zarzuty wskazane w pkt VII ppkt 4 i 8 petitum odwołania, ponieważ Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie przekonujących dowodów.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w związku ust. 3 pkt 1) i 2) w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Do rozpoznania na rozprawę zostało skierowanych osiem zarzutów, przy uwzględnieniu, że zarzut tworzą podstawa prawna oraz okoliczności faktyczne. Uwzględniony został jeden zarzut, natomiast w zakresie pozostałych siedmiu odwołanie zostało oddalane. Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania poniesioną przez Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr na którą składają się uiszczony wpis od odwołania oraz koszty zastępstwa przed Izbą. W związku z powyższym Zamawiający został obciążony kosztami postępowania w wysokości 1/8 a Odwołujący w wysokości 7/8, w konsekwencji powyższego nakazała Zamawiającemu zwrot na rzecz Odwołującego kwoty wskazanej w pkt 4.2 sentencji.

Przewodniczący: .....