Sygn. akt: KIO 1244/15 KIO 1247/15 KIO 1255/15

WYROK
z dnia 6 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2015 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach (62-064), ul. Zakładowa 17 oraz G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Kaldo" G. K., Niewodnica Korycka, ul. Olchowa 4, 18-106 Turośń Kościelna (sygn. akt KIO 1244/15),**

B. wykonawcę: **Budimex S.A. w Warszawie (01-040), ul. Stawki 40 (sygn. akt KIO 1247/15),**

C. wykonawcę: **Erbud S.A. w Warszawie (02-819), ul. Puławska 300A (sygn. akt KIO 1255/15)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku (15-276), ul. M. Skłodowskiej-Curie 24A**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex" sp. z o.o., Kolonia Koplany 11B, 16-061 Juchnowiec Kościelny** zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 1244/15, KIO 1247/15** oraz **KIO 1255/15** po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach oraz G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Kaldo" G. K. w Niewodnicy Koryckiej** zgłaszających swoje przystąpienia do postępowań odwoławczych o sygn. akt: **KIO 1247/15** oraz **KIO 1255/15** po stronie zamawiającego,

---

przy udziale wykonawcy: **Budimex S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1244/15** po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1255/15** po stronie zamawiającego,

przy udziale wykonawcy: **Erbud S.A. w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1244/15** po stronie odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 1247/15** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach oraz G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Kaldo" G. K. w Niewodnicy Koryckiej w sprawie KIO 1244/15,**

2. **oddala odwołanie wniesione przez wykonawcę: Budimex S.A. w Warszawie w sprawie KIO 1247/15,**

3. **uwzględnia odwołanie wniesione przez wykonawcę: Erbud S.A. w Warszawie w sprawie KIO 1255/15 i nakazuje zamawiającemu: Uniwersyteckiemu Szpitalowi Klinicznemu w Białymstoku unieważnienie czynności wyboru oferty a następnie powtórzenie czynności oceny najkorzystniejszej, spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert, a także:**

   A. **wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Rodex" sp. z o.o.**

w Kolonii Koplany do uzupełnienia wykazu usług, w którym znajdzie się wyraźne potwierdzenie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, który został opisany w pkt IV.2 tiret drugie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

B. **wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach oraz G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą**

„Kaldo" G. K. w Niewodnicy Koryckiej do udowodnienia zamawiającemu, że **powołani wykonawcy, w trakcie realizacji zamówienia, będą dysponowali zasobami wiedzy i doświadczenia oraz zdolnościami finansowymi innych podmiotów, na których to zdolnościach mieli oni polegać zgodnie z oświadczeniem złożonym wraz z ofertą, ewentualnie do wykazania w inny sposób,** że **powołani wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia (warunek opisany w pkt IV.2 tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia) oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej (warunek opisany w pkt IV.4.a) tiret pierwsze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia)**

4. kosztami postępowania

A. w sprawie o sygn. akt: **KIO 1244/15** obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach oraz G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Kaldo" G. K. w Niewodnicy Koryckiej,**

B. w sprawie o sygn. akt: **KIO 1247/15** obciąża wykonawcę: **Budimex S.A. w Warszawie,**

C. w sprawie o sygn. akt: **KIO 1255/15** obciąża zamawiającego: **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku**

i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę:

A. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach oraz G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Kaldo" G. K. w Niewodnicy Koryckiej** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 1244/15,**

B. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Budimex S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 1247/15,**

C. **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Erbud S.A. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania w sprawie o sygn. akt: **KIO 1255/15,**

4.2. zasądza:

A. w sprawie o sygn. akt: **KIO 1244/15** od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach oraz G. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Kaldo" G. K. w Niewodnicy Koryckiej** na rzecz zamawiającego: **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika,

B. w sprawie o sygn. akt: **KIO 1247/15** od wykonawcy: **Budimex S.A. w Warszawie** na rzecz wnoszącego sprzeciw wykonawcy: **Erbud S.A. w Warszawie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika,

C. w sprawie o sygn. akt: **KIO 1255/15** od zamawiającego: **Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Białymstoku** na rzecz wykonawcy: **Erbud S.A. w Warszawie** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Białymstoku.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1244/15 KIO 1247/15 KIO 1255/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wyłonienie *Wykonawcy realizacji zadania inwestycyjnego pn.* «Rozbudowa i modernizacja byłego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku»" zostało wszczęte przez Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Białymstoku, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją przesłaną Prezesowi Izby w pismach z dnia 17 czerwca 2015 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2015/S 068-121355) w dniu 8 kwietnia 2015 r.

W dniu 12 czerwca 2015 r. odwołania w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego wnieśli:

A. w sprawie KIO 1244/15 – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IT-tender sp. z o.o. w Plewiskach oraz G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Kaldo" G. K. w Niewodnicy Koryckiej, zwani dalej łącznie konsorcjum IT-tender lub Odwołującym w sprawie KIO 1244/15,
B. w sprawie KIO 1247/15 – wykonawca: Budimex S.A. w Warszawie, zwany dalej Budimex lub Odwołującym w sprawie KIO 1247/15,
C. w sprawie KIO 1255/15 – wykonawca: Erbud S.A. w Warszawie, zwany dalej również Erbud lub Odwołującym w sprawie akt KIO 1255/15.

Odwołanie w sprawie KIO 1244/15 zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex" sp. z o.o. w Kolonii Koplany, zwanego dalej Rodex, z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zdaniem Odwołującego za takim wykluczeniem miał przemawiać fakt posłużenia się przez powołanego wykonawcę w celu sporządzenia oferty osobą, która w ocenie Odwołującego, wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania. W tym kontekście Odwołujący powoływał poprzednio prowadzone przez Zamawiającego postępowanie o udzielenie zamówienia, w którym element opisu przedmiotu zamówienia stanowiła „Koncepcja *programowo-przestrzenna rozbudowy, przebudowy i remontu byłego*

Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku". Dokument ten był załącznikiem do Programu Funkcjonalno-Użytkowego (PFU). Jego autorem był Jan Kabac, a zatem ta sama osoba, która została wskazana jako autor znajdującej się w ofercie złożonej przez Rodex koncepcji (str. 161 i n.) „Koncepcji *Rozbudowy i Modernizacji".* Odwołujący wyjaśniał przy tym, że z powołanej „Koncepcji *programowo-przestrzennej rozbudowy, przebudowy i remontu byłego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku"* Zamawiający, w obecnie prowadzonym przez siebie postępowaniu, zaczerpnął 3 rysunki, autorstwa J. K., które zgodnie z obecnie obowiązującym PFU stanowiły załącznik do niego, a tym samym element opisu przedmiotu

zamówienia. Okoliczności te, zdaniem Odwołującego, miały wpływać na brak równowagi w pozycji wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Rodex, z uwagi na wykorzystanie wiedzy J. K., miał znajdować się bowiem w pozycji uprzywilejowanej – miał mieć możliwość szybszego i bardziej precyzyjnego przygotowania oferty, uniknięcia błędów i odpowiedniego oszacowania przy tym pojawiającego się ryzyka. Zwracał również przy tym uwagę, że oferta złożona przez Rodex była jedyną, która w tym postępowaniu nie przekraczała budżetu Zamawiającego. Zaniechanie w takiej sytuacji przez Zamawiającego wykluczenia Rodex z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp stanowić miało naruszenie tegoż przepisu. Ponadto, okoliczności te przemawiały, zdaniem Odwołującego, również za odrzuceniem oferty złożonej przez Rodex na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, czego Zamawiający również zaniechał, naruszając tenże przepis.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia Rodex z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z uwagi na niewniesienie przez tego wykonawcę skutecznie wadium przed upływem terminu składania ofert. Jak twierdził Odwołujący Rodex miał nie złożyć Zamawiającemu wraz z ofertą oryginału gwarancji wadialnej, podczas gdy zgodnie z jej treścią zwrócenie jej wystawcy oryginału tejże skutkować miało wygaśnięciem gwarancji. W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący wycofał ten zarzut.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 1244/15 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, następnie dokonania ponownej oceny ofert, a w jej wyniku wykluczenia Rodex z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołanie w sprawie KIO 1247/15 zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert złożonych przez Rodex, konsorcjum IT-tender oraz Erbud, pomimo tego, że treść każdej z nich nie odpowiadała treści

---

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Jak twierdził Odwołujący złożony przez każdego z wykonawców wraz z ofertą „Opis *przewidywanej koncepcji"* podlegał ocenie „nie *tylko pod kątem zgodności z wymaganiami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia, ale także w kryterium oceny ofert wskazanym w pkt XV SIWZ, tj.* «Opis przewidywanej koncepcji»". Zdaniem Odwołującego każda z trzech kwestionowanych ofert odbiegała od wymagań Zamawiającego w sposób na tyle znaczący, że ten zobowiązany był odrzucić każdą z nich na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a nie czyniąc tego dopuścił się naruszenia tegoż przepisu, a także przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący stał na stanowisku, że prezentowany wraz z ofertą „Opis *przewidywanej koncepcji"* musiał zawierać „rozwiązania *szczegółowe do takiego stopnia, aby można było je ocenić"* w kontekście opisanych w SIWZ kryteriów oceny ofert. Tymczasem, jak twierdził to Odwołujący, wraz z każdą z kwestionowanych przez niego ofert zostały złożone opisy koncepcji, które zawierały rozwiązania sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującymi lub wymaganiami PFU, na potwierdzenie czego wskazał na szereg ustalonych przez siebie niezgodności w opisach koncepcji złożonych wraz z każdą z trzech ofert, odwołując się przy tym do zapisów PFU, przepisów prawa, czy też ogólnego przeznaczenia i funkcji poszczególnych pomieszczeń, które miały zostać niedochowane w przedstawionych Zamawiającemu opisach koncepcji.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 1247/15 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, odrzucenia ofert złożonych przez Rodex, konsorcjum IT-tender oraz Erbud, a następnie uznanie złożonej przez niego oferty za najkorzystniejszą.

Odwołanie w sprawie KIO 1255/15 zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia Rodex i konsorcjum IT-tender z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ewentualnie wobec zaniechania wezwania tych wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Rodex, a także wobec zaniechania ujawnienia i udostępnienia dokumentów

zastrzeżonych, jako objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, przez Budimex.

Jak twierdził Odwołujący, Rodex przedstawił Zamawiającemu gwarancję wadialną, której termin ważności upływać miał w dniu 13 lipca 2015 r., przy czym jej skuteczność została ograniczona przez postawienie wymagania, aby najpóźniej tego dnia do godziny 16:00 żądanie zapłaty zostało złożone w siedzibie oddziału wystawcy gwarancji. Zdaniem Odwołującego Zamawiający powinien mieć możliwość skonsumowania wadium do końca dnia 13 lipca 2015 r., nie będąc przy tym ograniczonym godziną 16:00. W takim przypadku,

---

Zamawiający winien był uznać, że Rodex nie wniósł wadium, które zabezpieczałoby złożoną przez niego ofertę, a zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy przez Zamawiającego stanowić miało naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego Rodex nie przedstawił Zamawiającemu wykazu usług, który miałby potwierdzać spełnianie przez niego warunku dotyczącego posiadanie wiedzy i doświadczenia. Z jednej strony Erbud podnosił, że w powołanym wykazie przywołane zostały jedynie usługi projektowe odnoszące sie do przebudowy, rozbudowy lub nadbudowy, nie zaś do budowy (co było, jego zdaniem, wymagane), z drugiej zaś strony twierdził, że w wykazie tym i załączonych do niego referencjach nie znajduje się wyraźne potwierdzenie spełniania powołanego warunku, a zatem usług zaprojektowania co najmniej dwóch budynków zawierających „m.in. *instalacje BMS oraz gazów medycznych, o powierzchni użytkowej min. 4 500 m 2 każdy”.* Niejako obok, twierdził Odwołujący, że przedstawiona przez Rodex polisa ubezpieczenia OC nie obejmuje swym zakresem usług projektowych, a zatem nie obejmuje działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zaniechanie wykluczenia Rodex z przytoczonych tu powodów stanowić miało naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) lub 4) ustawy Pzp, ewentualnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Rodex do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów.

Zarzucał również Odwołujący Zamawiającemu naruszenie tych samych przepisów ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia konsorcjum IT-tender, z uwagi na fakt nie udowodnienia przez tego wykonawcę, że może on polegać na potencjale podmiotów trzecich (zasoby wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej). Zdaniem Odwołującego przedstawione przez konsorcjum IT-tender zobowiązania dwóch podmiotów trzecich (Spec Bau sp. z o.o. oraz Komputronik S.A.) są fikcyjne, a dokument mający je potwierdzać jest nieprawidłowy – zbyt ogólny w treści i nie potwierdzający realnego charakteru udostępnienia potencjału, na który powoływał się ten wykonawca. Również w kontekście konsorcjum IT-tender Odwołujący twierdził, że przedstawiona przez tego wykonawcę polisa ubezpieczenia OC nie obejmuje swym zakresem usług projektowych, a zatem nie obejmuje działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp przez brak wezwania Rodex do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wypływ na wysokość ceny, a następnie nieodrzuceniu oferty złożonej przez tego wykonawcę. W ocenie Odwołującego Rodex zaoferował cenę nierealną, która powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego i to pomimo faktu, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę nie spełnia przesłanek określonych

---

w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wystarczającym ku temu powodem było to, że znacząco odbiegała ona od cen zaoferowanych przez innych, w sytuacji gdy pozostali wykonawcy zaoferowali ceny na zbliżonym do siebie poziomie.

Zdaniem Odwołującego zaoferowanie przez Rodex tak niskiej ceny winno pociągać za sobą również odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, z uwagi na sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia. Zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego, stanowić miało naruszenie przez niego powołanego przepisu ustawy Pzp.

Ostatnim z zarzutów stawianych przez Odwołującego, było twierdzenie o zaniechaniu przez Zamawiającego ujawnienia i udostępnienia „Opisu *przewidywanej koncepcji"* przedstawionego Zamawiającemu wraz z ofertą złożoną przez Budimex. Przywoływał on przy tym zapis pkt X.11 SIWZ, w którym Zamawiający z góry wyłączył możliwość objęcia zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa tego dokumentu. Respektowanie przez Zamawiającego zastrzeżenia poczynionego przez Budimex stanowić miało naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 96 ust. 3 w zw. z art. 8 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze sformułowane przez siebie zarzuty Odwołujący w sprawie KIO 1255/15 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wykluczenie Rodex oraz konsorcjum IT-tender z udziału w postępowaniu (z ostrożności Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu wezwanie Rodex i konsorcjum IT-tender do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), a także odrzucenia oferty złożonej przez Rodex oraz ujawnienia i udostępnienia Odwołującemu dokumentów zastrzeżonych przez Budimex.

Na mocy zarządzenia Prezesa Izby z dnia 19 czerwca 2015 r. powołane sprawy zostały rozpoznane łącznie.

W dniu 18 czerwca 2015 r. Prezesowi Izby doręczono zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego:

- po stronie Odwołującego w sprawie KIO 1244/15 dokonane w imieniu: Budimex oraz − Erbud,
- po stronie Zamawiającego dokonane w sprawie KIO 1244/15 przez Rodex, w sprawie − KIO 1247/15 przez Rodex, konsorcjum IT-tender i Erbud oraz w sprawie KIO 1255/15 przez Rodex, konsorcjum IT-tender i Budimex.

Skuteczność tych zgłoszeń nie była kwestionowana, nie wniesiono wobec nich opozycji. Izba uznała, że powołani wykonawcy uzyskali status uczestnika postępowania odwoławczego w każdej ze spraw, w której takiego zgłoszenia dokonali..

Izby wykluczyła w odniesieniu do każdego z rozpoznawanych odwołań to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestników postępowań odwoławczych, na podstawie zebranego materiału dowodowego w każdej ze spraw, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestników postępowań odwoławczych, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu w każdej ze spraw, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego w każdej ze spraw dokumenty przekazane przez Zamawiającego na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone za zgodność z oryginałem, a także dokumenty złożone przez Strony i uczestników w każdej ze spraw, tak z odwołaniami, jak i w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w każdym z odwołań, Izba ustaliła, że Zamawiający, w pkt I.2.a) SIWZ wskazał, że inwestycja przez niego określona mianem „Rozbudowa *i modernizacja byłego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku"* polegać miała m.in. na: „Wykonaniu *szczegółowej koncepcji architektonicznej wraz z opisem zastosowanych rozwiązań, technologii, materiałów i urządzeń (etap 0), wyczerpującą swym zakresem program rzeczowy inwestycji, wykonaną zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 26 czerwca 2012 r. w sprawie szczegółowych wymagań, jakim powinny odpowiadać pomieszczenia i urządzenia podmiotu wykonującego działalność leczniczą (Dz. U z dnia 2012r. poz.739) oraz innymi*

obowiązującymi przepisami związanymi z budownictwem, projektowaniem, przy jednoczesnym zastosowaniu praw i przepisów wymienionych w «Programie Funkcjonalno-Użytkowym»". W pkt III.1.a) SIWZ wskazano, że etap 0 ma zostać zrealizowany do 6 tygodni licząc od daty podpisania umowy.

Zgodnie z pkt I.4 SIWZ „szczegółowy *opis przedmiotu zamówienia zawarty został w SIWZ oraz w załącznikach, w szczególności w: a) Programie Funkcjonalno-Użytkowym z dnia 31.03.2015r., stanowiącym załącznik nr 11 do SIWZ, b) projekcie umowy stanowiącej*

załącznik nr 9 do SIWZ." Izba odnosiła się do PFU oraz wzoru umowy poprawionych na dzień 5 maja 2015 r. i tę wersję uznała za ostateczną. W dokumentach tych, w pkt 1.2.5.a) PFU oraz § 1 ust. 3 lit. a) wzoru umowy, znalazło się powielenie treści pkt I.2.a) SIWZ.

W pkt IV.2 SIWZ Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia. W pierwszym tirecie określił on obowiązek wykazania się realizacją określonej roboty budowlanej, zaś w drugim postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się tylko ten Wykonawca, który wykonał: „*2 usługi w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, odpowiadające swoim zakresem i złożonością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia, tj. zaprojektował co najmniej 2 budynki zawierające min. instalacje: BMS oraz gazów medycznych; o powierzchni użytkowej min. 4 000 m2 każdy (warunek zaprojektowania spełniony będzie również przy wykazaniu doświadczenia z powyższego pkt. 2 wykonanego w trybie zaprojektuj i wybuduj przy założeniu, że prace projektowe i budowlane obejmowały budynek min. z instalacjami BMS i gazów medycznych oraz wykonane zostały w okresie ostatnich trzech lat) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie."*

W punkcie oznaczonym w SIWZ jako pkt IV.4.a) tiret drugie Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej, wymagając, aby wykonawca wykazał się tym, że „posiada *ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 10.000.000,00 zł (dziesięć mln złotych)".*

W pkt V.4.c) SIWZ Zamawiający wskazał, że wraz z ofertą wykonawca winien złożyć m.in.: „opis *przewidywanej koncepcji, który powinien zawierać minimum:*

- *rysunek zagospodarowania terenu, w szczególności z wrysowaniem takich elementów jak:*
  - *o nowoprojektowany obiekt z podjazdem dla karetek,*
  - *o łącznik,*
  - *o szyb windowy przy budynku B z dźwigiem łóżkowym (do transportu łóżek specjalistycznych),*
  - *o szyb windowy przy budynku Apteki Szpitalnej i Laboratorium z klatką schodową i dźwigiem osobowo-towarowym do transportu osób niepełnosprawnych,*
  - *o komunikacja kołowa, piesza,*
  - *o parking dla nowoprojektowanego obiektu,*

  - *o granica opracowania,*
  - *o zieleń,*
  - *o i inne elementy wymagane w rysunku zagospodarowania, a nie wymienione powyżej,*
- *opis zagospodarowania terenu – usytuowanie obiektu, kompozycja zagospodarowania, komunikacja i obsługa, sposób zapewnienia bezpieczeństwa itp.*
- *organizację rozbiórek, przekładek i wymiany infrastruktury technicznej,*
- *bilans powierzchni terenu, odniesienie do zgodności z planem miejscowym,*
- *rzuty wszystkich kondygnacji nowoprojektowanego obiektu szpitalnego w skali 1:200,*
- *dwa przekroje nowoprojektowanego obiektu szpitalnego w skali 1:200,*

• *3 widoki dla nowoprojektowanego obiektu szpitalnego w kolorze, realistyczny – jeden z góry, od strony południowej, drugi z poziomu człowieka z kierunku ulicy* Żurawiej, *trzeci od południowego zachodu, ujmujące także wszystkie istniejące i projektowane elementy zagospodarowania terenu wokół nowej kubatury.*
• *propozycję zastosowanych głównych rozwiązań architektonicznych, branżowych, technologii i materiałów, w szczególności konstrukcji, dachu, elewacji, instalacji elektrycznych i sanitarnych, mających wpływ na koszty eksploatacji obiektu, umożliwiających dokonanie oceny wg opisanych kryteriów."*

W pkt XV.3 SIWZ Zamawiający przesądził o tym, że oferty, które nie zostaną odrzucone, będą „ocenione *wg następujących kryteriów: 1) Opis przewidywanej Koncepcji waga - 20 % 2) Cena waga - 80 %".* W kontekście kryterium „Opis *przewidywanej Koncepcji"* Zamawiający postanowił że: „Komisja *ustalać będzie przedmiotową wartość punktową na podstawie analizy i oceny merytorycznej danych zawartych w ofercie, gdzie będzie brała pod uwagę:*
I. Rozwiązania urbanistyczne w skali całego terenu z uwzględnieniem:
a) efektywności zagospodarowania terenu (najwyżej ocenione będzie rozwiązanie, w którym uwzględnione zostaną wszystkie elementy zagospodarowania terenu, wynikające z aktualnie obowiązujących przepisów oraz PFU, a powierzchnia zagospodarowywana będzie najmniejsza) - max. 10 pkt,
b) ilości miejsc parkingowych (najwyżej ocenione będzie rozwiązanie, w którym liczba miejsc parkingowych będzie największa, przy jednoczesnym spełnieniu wymagań wynikających z aktualnie obowiązujących przepisów, planu miejscowego oraz PFU) - max. 10 pkt,
c) układu rozwiązań komunikacji i parkingu przy nowoprojektowanej bryle budynku (najwyżej ocenione będzie rozwiązanie, w którym ruch kołowy i pieszy odbywać się będzie po jak najkrótszych i nieskomplikowanych trasach oraz będzie tworzyć

z parkingami oraz istniejącymi zjazdami logiczną i spójną infrastrukturę) – max. 10 pkt.
II. Poprawność i walory rozwiązań architektonicznych w oparciu o Program Funkcjonalno-Użytkowy:
a) efektywnego określenia powierzchni do wymienionych w programie zespołów funkcjonalnych (najwyżej ocenione będzie rozwiązanie, w którym powierzchnia netto budynku będzie najmniejsza, przy jednoczesnym spełnieniu wszystkich wymagań wynikających z aktualnie obowiązujących przepisów oraz PFU) – max. 20 pkt,
b) powiązania, spójności i czytelności funkcjonalno-przestrzennej obiektu, funkcjonalności pomieszczeń, kompozycji architektonicznej (najwyżej ocenione będzie w którym ciągi komunikacyjne będą jak najmniej rozwiązanie, skomplikowane i będą zajmowały jak najmniejszą powierzchnię, a rozmieszczenie pomieszczeń nie będzie przypadkowe, tzn. ich rozkład będzie uwzględniał przeznaczenie oraz dostęp osób) – max. 30 pkt,
c) walorów estetycznych rozwiązań architektonicznych (najwyżej ocenione będzie rozwiązanie z zastosowaniem materiałów: nowoczesnych, o wysokiej spójności kompozycyjnej, honorujących walory miejsca lokalizacji i wpisujących się w jej charakter) – max. 10 pkt,
d) jakości użytych materiałów w konstrukcji obiektu, a zwłaszcza: dachów, elewacji, instalacji elektrycznej i sanitarnej (najwyżej ocenione będzie rozwiązanie z zastosowaniem materiałów tanich w eksploatacji, czyli trwałych i łatwych w konserwacji) – max. 10 pkt.
Maksymalna ilość punktów, jaką może przyznać każdy Członek Komisji Przetargowej na podstawie znajomości przepisów i wiedzy, wymagań stawianych dla obiektów szpitalnych wynosi 100 pkt.
Punkty przyznane przez każdego Członka Komisji Przetargowej zsumowane (Kb).
Po podstawieniu do wzoru dany Wykonawca w powyższym kryterium może uzyskać max. 20 pkt. (średnia ważona z punktacji Członków Komisji Przetargowej)."

Powołany PFU, zgodnie z informacją zawartą na jego pierwszej stronie, został opracowany przez M. E. oraz J. K. . Załączniki do tego dokumentu stanowiły m.in. mapa z zaznaczonym

zakresem wymian kanalizacji wodociągowej (zał. nr 3), mapa
z zaznaczonym zakresem wymian kanalizacji sanitarnej (zał. nr 4) oraz mapa
z kanalizacji (zał. nr 5), zaznaczonym zakresem wymian deszczowej
zgodnie z którymi projektantem w zakresie architektury był J. K. (był ona tam także
wskazany jako jednostka projektowa).

Zgodnie z pkt XIV.1 SIWZ termin związania ofertą wynosić miał 60 dni.

Termin składania ofert, zgodnie z pkt 7 protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, upłynął w dniu 14 maja 2015 r. o godz. 10:00.

Przed upływem terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęło pięć ofert, w tym oferty złożone przez każdego z trzech Odwołujących oraz przez Rodex.

Zgodnie z pisemnym protokołem postępowania wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 25 883 866,26 zł (pkt 2.2 protokołu), zaś na realizację zamówienia Zamawiający przeznaczył kwotę 30 376 000,00 zł (pkt 8.1 protokołu).

Rodex wraz z ofertą przedstawił w charakterze wadium gwarancję bankową nr 19 1020 3541 0000 5496 0071 7942 wystawioną w imieniu Powszechnej Kasy Oszczędności Banku Polskiego S.A., która zgodnie z jej treścią pozostawała ważna do dnia 12 lipca 2015 r., „a *jeżeli data ta przypadałaby w dniu, w którym Bank nie prowadzi działalności operacyjnej, gwarancja jest ważna do pierwszego dnia roboczego Banku, następującego po tym dniu («termin ważności gwarancji»).* Żądanie *wypłaty należy złożyć w siedzibie Banku Białymstoku, Al. Tysiąclecia P.P. 6, 15-111 Białystok najpóźniej do godziny 16:00 w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji."*

Załączył on do składanej przez siebie oferty również wykaz usług, w którym ujawnił realizację 3 prac opisując je następująco:

1. „Wykonanie *dokumentacji projektowej na zadanie pn.* «Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa obiektów nr 7, 7a, 8, 9, budynku technicznego, budynku stacji uzdatniania wody Szpitala Wojewódzkiego im. J. Śniadeckiego w Białymstoku» *Zakres dokumentacji projektowej obejmował branże: budowlaną, drogową, sanitarną, elektroenergetyczną, teletechniczne, gazów medycznych i BMS"* – załączone do wykazu referencje potwierdzały realizację projektu obejmującego budynki: nr 7,7a o powierzchni użytkowej: 5 298,77 m ^{2} , nr 8 o powierzchni użytkowej: 1 962,45m ^{2} , nr 9 o powierzchni użytkowej: 2 092,88m ^{2} , nr techniczny o powierzchni użytkowej: 69,40m ^{2} oraz budynek uzdatniania wody, a ponadto wskazywały na objęcie dokumentacją projektową m.in. branży „gazów *medycznych i BMS".*
2. „Wykonanie *dokumentacji projektowej na zadanie pn.* «Przebudowa, rozbudowa i nadbudowa obiektów nr 2, 3 i 4 Szpitala Wojewódzkiego im. J. Śniadeckiego w Białymstoku» *Zakres dokumentacji projektowej obejmował branże: budowlaną, drogową, sanitarną, elektroenergetyczną, teletechniczne, gazów medycznych i BMS"* – załączone do wykazu referencje potwierdzały m.in. na objęcie dokumentacją projektową powierzchni użytkowej: 5 736,30 m ^{2} oraz instalacji gazów medycznych i BMS.

---

3. „Wykonanie *dokumentacji projektowej na zadanie pn.* «Nadbudowa, przebudowa i remont bloków operacyjnych i centralnej sterylizatorni wraz infrastrukturą w Szpitalu Wojewódzkim nr 2 im. Św. Jadwigi Królowej w Rzeszowie na działce nr 56/22 obręb 219 na potrzeby Centrum Urazowego» *Zakres dokumentacji projektowej obejmował branże: budowlaną, drogową, sanitarną, elektroenergetyczną, teletechniczne, gazów medycznych, AKPiA, BMS"* – załączone do wykazu referencje potwierdzały realizację projektu obejmującego przebudowę bloku B, przebudowę i nadbudowę bloku C, przebudowę i nadbudowę bloku E, przebudowę bloku A+E (niski parter), przebudowę agregatowni, budowę stacji trafo z układem komunikacyjnym i węzła cieplnego wraz z siecią ciepła technologicznego, a ponadto wskazywały na objęcie dokumentacją projektową powierzchni 7 446,00 m ^{2} oraz instalacji gazów medycznych i BMS.

Wraz z ofertą Rodex przedstawiona została także polisa OC-E002300 potwierdzająca ubezpieczenie Rodex w zakresie prowadzonej działalności obejmującej m.in. roboty budowlane (wznoszenie budynków i budowli, oraz ich remonty, rozbudowy i rozbiórki, budowa mostów i estakad).

Konsorcjum IT-Tender złożyło wraz ze swoją ofertą polisę ubezpieczeniową nr 320000017787 potwierdzająca ubezpieczenie lidera konsorcjum – IT-tender sp. o.o. – w zakresie prowadzonej działalności – m.in. kompleksowej realizacji inwestycji budowlanych.

Konsorcjum to oświadczyło w załączniku nr 7.1 do SIWZ (str. 97 oferty), że na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie „zdolności *kredytowej"* polegać będzie na zasobach Komputronik S.A., zaś w zakresie „doświadczenia-referencji" polegać będzie na zasobach Spec Bau sp. z o.o. Wraz z powołanym oświadczeniem, złożone zostały również zobowiązania złożone w imieniu powołanych podmiotów trzecich – Komputronik S.A. (str. 98 oferty) oraz Spec Bau sp. z o.o. (str. 118 oferty).

W oświadczeniu złożonym w imieniu Komputronik S.A. jako na udostępniany zasób wskazano na „potencjał *finansowy – zdolność finansową",* na zakres dostępnych zasobów: „potencjał *finansowy, zdolność finansowa",* na sposób wykorzystania: „wadium, *zabezpieczenia finansowe, gwarancje bankowe, płatności",* na charakter stosunków: „umowa", zaś na zakres i okres udziału w wykonywaniu zamówienia: „do *czasu zakończenia inwestycji".*

W oświadczeniu złożonym w imieniu Spec Bau sp. z o.o. jako na udostępniany zasób wskazano na „doświadczenie - *referencje",* na zakres dostępnych zasobów: „doświadczenie", na sposób wykorzystania: „doradztwo", na charakter stosunków: „umowa

cywilnoprawna", zaś na zakres i okres udziału w wykonywaniu zamówienia: „do *czasu zakończenia inwestycji".*

Zamawiający w toku badania i oceny złożonych mu ofert uznał, że żadna z nich nie podlega odrzuceniu. Mając to na uwadze ocenił każdą z pięciu przedstawionych mu ofert. W oparciu o dokonaną ocenę wybrał ofertę najkorzystniejszą – za taką uznał ofertę złożoną przez Rodex, o czym poinformował wykonawców pismem z dnia 3 czerwca 2015 r.

Wobec tych czynności każdy z trzech Odwołujących złożył własne odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, każde z trzech odwołań rozpoznała w granicach zarzutów w nich zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w każdym z odwołań, doszedł do przekonania, że zarzuty sformułowane przez Odwołujących w sprawach KIO 1244/15 oraz KIO 1247/15 nie znalazły oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a to z kolei spowodowało, że odwołania te, jako takie, nie zasługiwały na uwzględnienie. W sprawie KIO 1255/15 niektóre z zarzutów stawianych przez Odwołującego znalazły potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a to z kolei spowodowało, że odwołanie to, jako takie, zostało uwzględnienie.

KIO 1244/15

Zgodnie z przepisem art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, z wyłączeniem czynności wykonywanych podczas dialogu technicznego, o którym mowa w art. 31a ust. 1, lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji.

Odwołując się do powołanego przepisu, dla wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu koniecznym byłoby dowiedzenie, że podmiot ten wykonywał bezpośrednio

czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub też lub posługiwał się on w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności.

Jak wskazała to Izba w wyroku wydanym w sprawie KIO 1756/12: „Ustawa *Pzp przez* «przygotowanie postępowania» *rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy Pzp może on powierzyć przygotowanie*

postępowania) wymienione w Rozdziale II «Przygotowanie postępowania» *w art. 29 - 38 ustawy Pzp. Zaliczyć do nich należy: opis przedmiotu zamówienia, oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia, przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia."* Pamiętać przy tym należy o tym, na co zwróciła uwagę Izba w sprawie KIO 2587/14: „samo *uczestniczenie wykonawcy w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania nie stanowi wystarczającej przesłanki wykluczenia takiego wykonawcy z postępowania. Konieczne jest stwierdzenie, że jego udział w postępowaniu powoduje utrudnienie uczciwej konkurencji. Przy czym oceny w tym zakresie należy dokonywać należy z uwzględnieniem okoliczności konkretnej sprawy. W szczególności należy zbadać, czy wiedza zdobyta w związku z przygotowaniem postępowania dała przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co miał on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach albo posiadał informacje dodatkowe o okolicznościach związanych z realizacją zamówienia. Dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji istotne znaczenie ma również zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, a także stopień trudności przygotowania oferty."*

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący twierdził, że J. K., który był autorem „Opisu *przewidywanej koncepcji"* przedstawionej wraz z ofertą Rodex, uczestniczył również bezpośrednio w przygotowaniu PFU, stanowiącego element opisu przedmiotu zamówienia, a fakt ten stawiać miał w uprzywilejowanej sytuacji Rodex, który to wykonawca, dzięki temu właśnie, miał dysponować wiedzą niedostępną innym uczestnikom tego postępowania.

Izba nie podzieliła tej oceny. Ze strony tytułowej PFU wyraźnie wynika, że wśród autorów tego dokumentu nie został wskazany J. K. . Uczestniczył on jedynie (pośrednio lub bezpośrednio, co nie zostało wykazane przez Odwołującego, wszak na spornych trzech rysunkach jako projektanci z branż technologii, instalacji sanitarnych oraz instalacji elektrycznych wskazane zostały inne niż J. K. osoby, a powołane rysunki opisywać miał kanalizację wodociągową, sanitarną i deszczową) w powstaniu trzech rysunków (załączniki nr 3, 4 i 5 do PFU), które autorzy tego dokumentu (PFU) wykorzystali przy jego sporządzaniu. Brak zatem podstaw do uznania go za osobę, która wykonywała bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem postępowania, w którym wniesiono rozpoznawane przez Izbę odwołanie. Nie zostało bowiem wykazane w toku postępowania odwoławczego, aby J. K. miał możliwość bezpośredniego oddziaływania na autorów PFU, aby z nimi współpracował przy opracowywaniu PFU, a tym samym, aby partycypował w rozstrzyganiu o jego ostatecznej treści. Co istotne w rozpoznawanej sprawie, powołane rysunki, jak sam to przyznał Odwołujący, zostały zaczerpnięte z powstałego wcześniej opracowania „Koncepcja *programowo-przestrzenna rozbudowy, przebudowy i remontu byłego Wojewódzkiego*

Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku". Opracowanie to było udostępnione przez Zamawiającego w poprzednio prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako załącznik do wówczas udostępnianego wykonawcom PFU – tak Odwołujący, jak i każdy z Przystępujących w sprawie KIO 1244/15, zgodnie oświadczyli, że byli uczestnikami tamtego postępowania i z tego też powodu znana jest im dokumentacja w tamtym postępowaniu udostępniana przez Zamawiającego. Tym samym przyznali oni, że już w toku poprzednio prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia znane im były również powołane trzy rysunki. Jak to zaś podnosił Zamawiający, nawet w poprzednio prowadzonym postępowaniu powołane opracowanie udostępnione zostało wykonawcom jedynie jako materiał pomocniczy, niewiążący wykonawców – nie przesądzał on zatem o kształcie opisu przedmiotu zamówienia.

Przywoływany przez Odwołującego fakt, że na potrzeby opracowania „Koncepcja *programowo-przestrzenna rozbudowy, przebudowy i remontu byłego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku"* opracowana została „Wskaźnikowa *kalkulacja kosztów inwestycji"* (stronę tytułową tejże kalkulacji Odwołujący przedstawił), nie przesądza o tym, że kalkulacja ta stanowiła podstawę do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Jak podnosił Zamawiający pomiędzy PFU a powołanym opracowaniem („Koncepcja *programowo-przestrzenna rozbudowy, przebudowy i remontu byłego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku")* istniały duże rozbieżności, co było przyczyną nie załączenia tego opracowania do PFU w obecnie prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Ponadto, z samego faktu przedstawienia przez Odwołującego strony tytułowej rzeczonej „Wskaźnikowej *kalkulacji kosztów inwestycji"* wywieść można, że opracowanie to było mu znane, co przeczyło samo z siebie tezie o uprzywilejowanej pozycji Rodex z powodu wyłącznej znajomości tej kalkulacji.

Nawet gdyby uznać (jak chciałby tego Odwołujący) J. K. za uczestnika bezpośredniego wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, to (z uwagi na szeroką znajomość wśród wykonawców uczestniczących w postępowaniu materii opisanej spornymi trzema rysunkami) nie sposób byłoby przyjąć, w świetle zebranego materiału dowodowego, że jego uczestnictwo w tych czynnościach mogłoby negatywnie oddziaływać na uczciwą konkurencję w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak sami bowiem przyznali, tak Odwołujący, jak i każdy z Przystępujących, powołane rysunki, jako element opracowania „Koncepcja *programowo-przestrzenna rozbudowy, przebudowy i remontu byłego Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. K. Dłuskiego w Białymstoku"* znane im były

już w toku poprzednio prowadzonego postępowania. Stąd też już w momencie wszczęcia przez Zamawiającego obecnie prowadzonego postępowania rysunki te (i to co z nich wynika) winny być znane każdemu z powołanych wykonawców w równym stopniu. Brak zatem powodów, dla których można byłoby przyjąć, że Rodex był w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji uprzywilejowany, a inni wykonawcy, aby byli tym samym pozbawieni lub nieuczciwie ograniczeni w przygotowaniu korzystniejszej od Rodex oferty.

Kierując się tym przekonaniem Izba uznała, że nie zostało w toku postępowania odwoławczego w sprawie KIO 1244/15 wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

Podobnie, jako nieudowodnione zostało ocenione twierdzenie Odwołującego, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.
Tak jak w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, tak również z perspektywy tego przepisu, Izba uznała, że brak było podstaw, aby w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, w przywoływanym przez Odwołującego zakresie, naruszone zostały zasady uczciwej konkurencji.

KIO 1247/15

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Jak zostało to dostrzeżone przez Izbę w sprawie KIO 627/15: „Generalnie *należy przyjąć, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy polega* (...) *na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.".* Podobnie Izba w sprawie KIO 319/15: „Obowiązek *zamawiającego istnieje zatem w sytuacji, gdy łącznie zaszły dwie przesłanki - złożona oferta jest niezgodna z merytorycznymi wymaganiami zamawiającego w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, a popełnione uchybienia nie jest możliwe do poprawienia*

zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp. Należy zwrócić przy tym uwagę, że dokonanie poprawy omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych niezgodności o charakterze nieistotnym na podstawie powołanego przepisu nie jest pozostawione uznaniu zamawiającego, lecz ma charakter obligatoryjny. Omawiane przepisy nie pozwalają zatem na dokonanie odrzucenia oferty wyłącznie z przyczyn błahych, o charakterze formalnym. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna wynikać z wymagań zamawiającego zapisanych w sposób jednoznaczny.

15

Odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy uchybienia w niej popełnione są na tyle znaczące, że wywierają wpływ na wykonanie umowy i to wpływ tego rodzaju, iż wykonanie umowy zgodnie z opisanymi wymaganiami zamawiającego jest niemożliwe."

Mając na uwadze powyższe, za istotny dla rozstrzygnięcia Izba uznała zakres niezgodności zarzucanych przez Odwołującego treści każdej z ofert złożonych przez Przystępujących. W tym kontekście, z uwagi na normę prawną wypływającą z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, koniecznym było ustalenie (w zakresie, w jakim było to wytyczone w rozpoznawanych przez Izbę zarzutach) rzeczywistej treści tych ofert, jak również odpowiedniej treści SIWZ, z którą treść tejże oferty należałoby zestawić, a następnie rozważenie, czy rozbieżności między tymi dwoma dokumentami (ofertą i SIWZ), w takim wymiarze, jaki ustalił ich zaistnienie Odwołujący i opisał je we wniesionym przez siebie odwołaniu, faktycznie miały miejsce.

Dla ustalenia istotnej dla rozstrzygnięcia treści oferty koniecznym było przesądzenie o charakterze składanego Zamawiającemu przez każdego z wykonawców wraz z ofertą „Opisu *przewidywanej koncepcji".*

W ocenie Izby, z zapisów SIWZ przywoływanych przez Odwołującego (pkt V.4.c) oraz pkt XV.3.1) SIWZ), nie wynika, aby powołany „Opis *przewidywanej koncepcji"* miał w jakikolwiek sposób rozstrzygać o treści zobowiązania wykonawcy składającego ofertę, innymi słowy, aby opisywał on oferowane przez niego świadczenie.
Zgodnie z pkt I.2.a) SIWZ wymaganiom określonym w PFU, w tym zgodności z powołanymi tam przepisami prawa, odpowiadać miała dopiero szczegółowa koncepcja architektoniczna, którą wybrany wykonawca realizować miał już po podpisaniu umowy, jako etap 0 zlecanej mu do wykonania inwestycji. W pkt V.4.c) SIWZ brak jakichkolwiek odniesień czy to do PFU, czy to do obowiązujących przepisów prawa – zostały tam jedynie określone ogólne warunki, jakim powinno odpowiadać składane wraz z ofertą opracowanie. W powołanym pkt I.2.a) SIWZ brak wymogu, aby realizowana po podpisaniu umowy szczegółowa koncepcja architektoniczna była tworzona w oparciu o składany wraz z ofertą „Opis *przewidywanej koncepcji".* Brak tak choćby najmniejszego do niej nawiązania. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego nie wskazał zapisu SIWZ, z którego wynikać miało takie właśnie powiązanie tych dwóch opracowań. Ponadto z treści pkt XV.3.1) SIWZ wynika, że najwyżej oceniona miało być rozwiązanie (zawarte w złożonym wraz ofertą „Opisie *przewidywanej koncepcji"),* w którym np. uwzględnione zostaną wszystkie elementy zagospodarowania terenu, wynikające z aktualnie obowiązujących przepisów oraz PFU, a powierzchnia zagospodarowywana będzie najmniejsza – tak w opisie zawartym w podkryterium z pkt I.a), podobnie opisano to w opisach innych podkryteriów.

16

Z tak sformułowanych zapisów wywieść można to, że z SIWZ nie wynikał bezwzględny wymóg, aby składany wraz z ofertą „Opis *przewidywanej koncepcji"* odpowiadać miał wszystkim wymaganiom określonym w PFU, w tym też, aby był zgodny z powołanymi tam przepisami prawa – warunki takie, jak to już wskazano postawione zostały dopiero wobec szczegółowej koncepcji architektonicznej realizowanej po podpisaniu umowy z wybranym wykonawcą. Na etapie oceny Zamawiający zastrzegł sobie jedynie możliwość szeregowania ofert w ramach kryterium „Opis *przewidywanej koncepcji"* z punktu widzenia zapewnienia w tym opisie spełnienia wszystkich warunków PFU, informując przy tym, że najpełniejsze odzwierciedlenie tych warunków, przy spełnieniu dodatkowych warunków (np. wskazania na najmniejszą powierzchnię zagospodarowania, ze wszystkich ocenianych ofert), prowadzić może do uzyskania największej możliwej liczy punktów w danym

podkryterium. Nie przewidział on jednak w SIWZ (Odwołujący nie wskazał takiego zapisu SIWZ), aby fakt przedstawienia przez wykonawcę „Opisu *przewidywanej koncepcji",* która nie uwzględniałaby wszystkich wymagań PFU, pociągać miał za sobą odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ. W świetle przywoływanych przed Izbą zapisów SIWZ takie odrzucenie oferty byłoby działaniem zbyt daleko idącym, albowiem, jak to już zostało ustalone, treść „Opisu *przewidywanej koncepcji"* nie oddziaływała w żaden sposób na przedmiot zamówienia – nie stanowiła jego dookreślenia. Nie miała ona bowiem żadnego przełożenia na etap realizacji tegoż przedmiotu. Działania wykonawcy miały wówczas odpowiadać wymaganiom określonym w PFU, w tym miały być zgodne z powołanymi tam przepisami prawa. Nie zostało wykazane, aby miały one być również oparte i ograniczane przez treść złożonego wraz z ofertą „Opisu *przewidywanej koncepcji".*

Dla rozstrzygnięcia odwołania istotnym było zatem to, że „Opis *przewidywanej koncepcji"* składany wraz z ofertą mógł *de facto* nie uwzględniać wszystkich rozwiązań, które określone zostały w PFU, czy też w powołanych w nim przepisach prawa. Stąd też ustalenie zaistnienia rozbieżności w tym zakresie w „Opisie *przewidywanej koncepcji"* z opisem z PFU nie mogłoby pociągać za sobą powstania po stronie Zamawiającego obowiązku odrzucenia oferty. Z tych też względów Izba uznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty za niezasadne.

KIO 1255/15

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Rodex z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia z powodu niewniesienia wadium, które zabezpieczałoby pełen okres związania tego wykonawcy złożoną przez niego ofertą.

Jak to zostało ustalone termin składania ofert upłynął w dniu 14 maja 2015 r., a zatem sześćdziesiąty dzień terminu związania ofertą (taki został oznaczony zgodnie z pkt XIV.1 SIWZ) przypadał na niedzielę, 12 lipca 2015 r.

Zgodnie z twierdzeniami Odwołującego zastosowanie w tym miejscu znaleźć powinien przepis art. 115 kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy, termin upływa dnia następnego, konsekwencją czego uznać należało, że ostatnim dniem terminu związania ofertą miał być dzień 13 lipca 2015 r.

Izba nie podzieliła tej oceny, uwzględniając przy tym pogląd wyrażony sprawie KIO 1181/10: „Dyspozycja *art. 115 Kc wskazuje na przesunięcie terminu do wykonania określonych czynności na dzień następny po dniu ustawowo wolnym od pracy, w sytuacji gdy koniec terminu na dokonanie czynności przypadał właśnie na ten dzień ustawowo wolny od pracy. Przy terminie związania ofertą, czy też terminie ważności wadium nie mamy do czynienia z wyznaczeniem terminu na dokonanie określonych czynności, lecz są to terminy ciągłe, wskazujące na ważność zabezpieczenia oferty, czy też w ogóle ważność oferty (termin związania ofertą). Tym samym zatem upływ terminu związania ofertą i ważności wadium* (...) *w niedzielę, nie skutkuje przesunięciem biegu tego terminu na dzień następny (pracujący)."* Podobnie Izba w sprawach KIO/UZP 238/10, KIO/UZP 886/10 KIO/UZP 903/10, KIO/UZP 1659/09, a także Sąd Apelacyjny w Warszawie w sprawie VI ACa 1369/08 oraz Sąd Okręgowy w Katowicach w sprawie XIX Ga 3/07.

Kierując się tak zakreślonym poglądem Izba uznała, że brak było podstaw, aby uznać, że gwarancja wadialna, która literalnie w swej treści określała swą ważność na pierwszy dzień roboczy Banku, następujący po 12 lipca 2015 r., nie zabezpieczała należycie oferty, którą Rodex miał być związany do dnia 12 lipca 2015 r. Mając to na uwadze Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak to zostało ustalone przez Izbę, Zamawiający w pkt IV.2 SIWZ opisał warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia.

Tiret drugie powołanego punktu SIWZ dookreśla zakres usług – prac projektowych, których realizacją mieli wykazać się wykonawcy. Zdaniem Izby z zawartej tam treści („zaprojektował *co najmniej 2 budynki zawierające min. instalacje: BMS oraz gazów medycznych; o powierzchni użytkowej min. 4 000 m 2 każdy (warunek zaprojektowania spełniony będzie również przy wykazaniu doświadczenia z powyższego pkt. 2 wykonanego w trybie zaprojektuj i wybuduj przy założeniu,* że *prace projektowe i budowlane obejmowały*

budynek min. z instalacjami BMS i gazów medycznych oraz wykonane zostały w okresie ostatnich trzech lat)") nie wynika, jak chciał tego Odwołujący, że Zamawiający ograniczył krąg usług potwierdzających spełnianie tak zakreślonego warunku jedynie do takich, które polegały na realizacji projektu służącego budowie budynku. Innymi słowy, z takiego opisu, nie wynika, aby Zamawiający wykluczył możliwość powoływania się na projekty służące przebudowie, rozbudowie czy też nadbudowie. Na marginesie jedynie, zauważenia przy tym wymaga, że zgodnie z w art. 3 pkt 6) ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1409 ze zm.) przez budowę należy rozumieć również odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Istotnym dla oceny spełniania przez wykonawcę tak opisanego warunku było to, aby wykazał on prace projektowe, które odnosiły się do dwóch budynków, z których każdy miał mieć powierzchnię użytkową min. 4 000 m 2, a także zawierać co najmniej instalacje: BMS oraz gazów medycznych. Wykazanie takich prac przesądzało o spełnieniu tak opisanego warunku.

Mając to na uwadze, zdaniem Izby, oczywistym było to, jakich prac wykonaniem i co obejmujących swoim zakresem wykazać się mieli wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Koniecznym było zatem, aby wykonawca przedstawił wykaz usług o takiej treści, aby wykazane zostało Zamawiającemu spełnianie minimalnych wymogów odnoszących się do prac potwierdzających posiadanie wiedzy i doświadczenia, a określonych w pkt IV.2 tiret drugie SIWZ Jest to oczywistym w świetle analizowanych zapisów SIWZ, a także wobec regulacji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodzenia, iż spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku.

W ocenie Izby, zasadnie podnosił Odwołujący, że Rodex, przedstawiając wraz z ofertą wykaz usług oraz załączone do niego referencje, nie podołał wypływającemu z przepisu art. 26 ust. 2a ustawy Pzp obowiązkowi wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z przedstawionych przez niego dokumentów i oświadczeń nie wynika bowiem wyraźnie, aby usługi przez niego przywoływane obejmowały swym zakresem prace

projektowe odnoszące się do dwóch budynków, z których każdy miał powierzchnię użytkową min. 4 000 m 2 , , a także zawierał co najmniej instalacje: BMS oraz gazów medycznych. Tak w wykazie, jak i w referencjach, brak wyraźnego wskazania na konkretne budynki spełniające wszystkie minimalne warunki zakreślone przez Zamawiającego. Izba podziela przy tym pogląd, zgodnie z którym główną rolą, jakiej służyć mają referencje składane wraz z wykazem usług, jest potwierdzenie należytego wykonania wykazywanych usług. Dostrzega jedynie, że nawet z powołanych referencji, odczytywanych wspólnie z wykazem usług, jako jego uzupełnienie, nie wynika potwierdzenie powołanego warunku.

W przedstawionym przez Rodex wykazie stwierdzenie, że prace projektowe obejmowały m.in. instalacje BMS oraz gazów medycznych nie zostało przypisane do budynku

o powierzchni użytkowej m.in. 4 000 m 2 .

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, przez uwzględnienie, jako potwierdzających spełnienie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia usług projektowania prac polegających na przebudowie, rozbudowie, czy też nadbudowie określonego typu budynków.

Niemniej jednak, zdaniem Izby, Zamawiający dopuścił się naruszenia powołanych przepisów, uznając przedstawiony mu wykaz usług wraz z załączonymi do niego referencjami, jako mający potwierdzający, że Rodex wykazało się doświadczeniem w realizacji prac projektowych odnoszących się do dwóch budynków, z których każdy miał powierzchnię użytkową min. 4 000 m 2, a także zawierał co najmniej instalacje: BMS oraz gazów medycznych. Z uwagi na fakt, jak przyznawał to sam Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu, Zamawiający nie wzywał w tym zakresie Rodex w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, Izba uznała za właściwe nakazanie Zamawiającemu skierowanie do Rodex wezwania do uzupełnienia wykazu usług, w którym znajdzie się wyraźne potwierdzenie spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt IV.2 tiret drugie SIWZ.

Izba uznała również za zasadny zarzut nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego przedstawionych mu przez konsorcjum IT-tender oświadczeń złożonych w imieniu Komputronik S.A. oraz Spec Bau sp. z o.o., jako mających potwierdzać na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp udostępnienie powołanemu wykonawcy odpowiednich zasobów każdego z tych podmiotów.

Faktem jest, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił możliwość, aby Wykonawca polegał m.in. na wiedzy i doświadczeniu, czy też zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Pamiętać jednak należy, że w takiej sytuacji zobowiązany jest on udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Zamawiający zaś, w trakcie oceny spełniania warunków, jest zobowiązany dokonać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów musi wszak wypływać odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego właśnie (udostępnianego wykonawcy) potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Podkreślenia wymaga jednak przy tym fakt, iż to na wykonawcy, zgodnie z powołanym przepisem art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego winien przedstawić dokumenty lub oświadczenia, które potwierdzą w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów tegoż podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, a także zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Istotnym jest przy tym to, aby przedstawione przez niego dokumenty i oświadczenia potwierdzały, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci ma charakter realny i że zasoby te faktycznie będą mogły zostać wykorzystane przy realizacji zamówienia. Wykazanie wszystkich tych okoliczności służyć ma bowiem udowodnieniu Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, jak również potwierdzeniu, że stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Innymi słowy, służyć miało to wykazaniu, że wykonawcy realnie udostępniono potencjał podmiotu trzeciego

na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tak stawiane wykonawcom powołującym się na potencjał podmiotów trzecich wymagania, zyskały na dodatkowym znaczeniu po wprowadzeniu do ustawy przepisu art. 26 ust. 2e stanowiącego, że podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów,

chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. Aby możliwym było przypisanie takiemu podmiotowi winy, koniecznym jest m.in. rozstrzygnięcie, w jakim stopniu realizacji zamówienia służyć miały udostępniane wykonawcy zasoby tego podmiotu, czy też określenie, w jakim zakresie zostaną one przy tej realizacji wykorzystane. Innymi słowy, przesądzenie, w jakim stopniu wykonawca powołujący się na te zasoby, na etapie realizacji może, w świetle przedstawionych Zamawiającemu dokumentów i oświadczeń, realnie liczyć na ich wykorzystanie przy wykonaniu zamówienia. Do tego zaś, niezbędna jest należyta weryfikacja dokumentów i oświadczeń odwołujących się do przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a przedstawianych wraz z ofertą.

Uwzględniając powyższe, zasadnie podnosił Odwołujący, że przedstawione Zamawiającemu zobowiązania podmiotów trzecich (Komputronik S.A. oraz Spec Bau sp. z o.o.) są zbyt ogólne w swej treści i nie pozwalają stwierdzić, że konsorcjum IT-tender wykazało zaistnienie wszystkich powołanych wyżej okoliczności pozwalających przyjąć, że mu potencjału trzecich ma charakter realny. udostępnienie podmiotów W przypadku oświadczenia Komputronik S.A. nie wynika z niego choćby wysokość udostępnianych konsorcjum IT-tender środków finansowych, czy też warunki skorzystania z nich przez tego wykonawcę. Oświadczenie Spec Bau sp. z o.o. jest w swej treści jeszcze bardziej ogólne – nie określa ono bowiem żadnego pola działań na etapie realizacji, na którym zasoby tego podmiotu miałyby być przez wykonawcę wykorzystane. Nie podjęto nawet próby opisu tego, jak powołane wsparcie merytoryczne miałoby być realizowane, w jakim zakresie i w jakich okolicznościach mogłaby się zrealizować potrzeba skorzystania z niego przez konsorcjum IT-tender. Zasadnie zatem podnosił Odwołujący, iż konsorcjum IT-tender nie udowodniło powołanymi oświadczeniami, że było ono uprawnione do powołania się na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanych w pkt IV.2 tiret pierwsze oraz pkt IV.4.a) tiret pierwsze SIWZ.

Z uwagi na fakt, jak przyznawał to sam Odwołujący we wniesionym przez siebie odwołaniu, Zamawiający nie wzywał w tym zakresie konsorcjum IT-tender w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, Izba uznała za właściwe nakazanie Zamawiającemu skierowanie do powołanego wykonawcy wezwania do udowodnienia zamawiającemu, że konsorcjum IT-tender, w trakcie realizacji zamówienia, będzie dysponowało zasobami wiedzy i doświadczenia oraz zdolnościami finansowymi innych podmiotów, na których to zdolnościach mieli oni polegać zgodnie z oświadczeniem złożonym wraz z ofertą, ewentualnie do wykazania w inny sposób, że konsorcjum to spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia dotyczące: posiadania wiedzy i

doświadczenia (warunek opisany w pkt IV.2 tiret pierwsze SIWZ) oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej (warunek opisany w pkt IV.4.a) tiret pierwsze SIWZ).

Pozostałe zarzuty podnoszone przez Odwołującego w sprawie KIO 1255/15 nie zasługiwały na uwzględnienie.

Za nazbyt daleko idące uznała Izba twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którymi polisy OC przedstawione tak przez Rodex, jak i przez konsorcjum IT-tender, nie potwierdzają faktu ubezpieczenia każdego z tych wykonawców od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jak wynikało to z pkt IV.4.a) tiret drugie SIWZ ubezpieczenie OC miało obejmować odpowiedzialność cywilną w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Działalność ta miała być związana, nie zaś, jak chciał tego Odwołujący, tożsama, identyczna z przedmiotem zamówienia. Należy zatem dopuścić pewne różnice pomiędzy zakresem działalności objętej

ubezpieczeniem, a zakresem przedmiotu zamówienia. Istotne jest to, aby istniał związek między nimi. Faktem jest, że termin „związana" jest pojęciem nieostrym, wymagającym zbadania i interpretacji w kontekście konkretnego przypadku. Niemniej jednak termin ten zawarty został w § 1 ust. 1 pkt 11) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r. poz. 231), a za nim w pkt IV.4.a) tiret drugie SIWZ, dlatego też jego zawężanie przez Zamawiającego, czego oczekiwał Odwołujący, stanowiłoby naruszenie powołanego przepisu. Mając to na uwadze Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby w omawianym tu zakresie Zamawiający zaniechał wykluczenia Rodex oraz konsorcjum IT-tender, a tym samym, aby naruszył on przepisy art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp.

Nie udowodnił również Odwołujący, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów art. 90 ust. 1 oraz 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący w kontekście tego

przepisu stwierdził jedynie, że cena zaoferowana przez Rodex znacząco odbiega od innych ofert (co nie znajduje oparcia w faktach – wynika to z prostego porównania poziomu cen zaoferowanych w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego), dodając przy tym, że „obiektywnie *niemożliwe jest wykonanie zamówienia w tej cenie"* (za stwierdzeniem tym nie poszły jednak żadne dowody). Mając to na uwadze Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby cena oferty złożonej przez Rodex wydawała się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, aby Zamawiający zaniechał skierowania wezwania do powołanego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Bez takiego zaś wezwania, niemożliwe, w świetle ustalonego w orzecznictwie poglądu, jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. W rozpoznawanej sprawie nie przedstawił też Odwołujący żadnych dowodów potwierdzających zaniechanie przez Zamawiającego naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

Ostatnim z zarzutów stawianych przez Odwołującego, było twierdzenie o zaniechaniu przez Zamawiającego ujawnienia i udostępnienia „Opis *przewidywanej koncepcji"* przedstawionej Zamawiającemu wraz z ofertą złożoną przez Budimex. W ocenie Izby Odwołujący nie posiadał interesu w podnoszeniu tego zarzutu, nie mógł też ponieść szkody w przypadku potwierdzenia się zarzucanego Zamawiającemu naruszenia. Zgodnie z pkt 13.2 protokołu postępowania oferta Odwołującego sklasyfikowana została w rankingu wszystkich ocenianych ofert na miejscu trzecim, tymczasem oferta złożona przez Budimex na miejscu czwartym. Oczywistym zatem jest, że w tak ustalonym stanie faktycznym oferta, wobec której Odwołujący podnosi omawiany zarzut, nie stała na drodze Odwołującego do uzyskania zamówienia. Była ona bowiem od niej mniej korzystna w świetle dokonanej przez Zamawiającego oceny. W interesie Odwołującego pozostawało zatem jedynie kwestionowanie ofert znajdujących się w rankingu ofert na pozycji pierwszej i drugiej, tj. tych, których odrzucenie, mogłoby doprowadzić do uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą. W przypadku oferty złożonej przez Budimex i ewentualnego zaniechania przez Zamawiającego ujawnienia i udostępnienia załączonego do niej „Opisu *przewidywanej koncepcji"* Odwołujący nie wykazał, jak uwzględnienie tak zakrojonego zarzutu oddziaływało na jego interes w uzyskaniu tego właśnie zamówienia, czy też jaką szkodę mógł on ponieść w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywoływanych przez niego niniejszej ustawy Pzp. Jak uznał Sąd Okręgowy w Poznaniu w sprawie X Ga 85/15: „możliwa *i dopuszczalna jest ocena przesłanki interesu i szkody*

odrębnie w stosunku do każdego z zarzutów odwołania. Treść art. 179 ust. 1 nie zawiera zapisów, które uniemożliwiałyby taką ocenę."

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający w sprawie KIO 1244/15 przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie Odwołującego w tej sprawie poniesionymi przez Zamawiającego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, uwzględniając przy tym to, że zgodnie z § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3600 zł.

Uwzględniając to, że Erbud, który wniósł sprzeciw w sprawie KIO 1247/15, przedłożył odpowiedni rachunek, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie Odwołującego w tej sprawie poniesionymi przez powołanego wykonawcę kosztami wynagrodzenia pełnomocnika, uwzględniając przy tym to, że zgodnie z § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3600 zł.

W sprawie KIO 1255/15, z uwagi na uwzględnienie odwołania, a także przedstawienie przez Odwołującego odpowiedniego rachunku, Izba uwzględniła, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia wniosek o obciążenie Zamawiającego poniesionymi przez Odwołującego kosztami wpisu (20 000 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika, uwzględniając przy tym to, że zgodnie z § 3 pkt 2) lit. b) powołanego rozporządzenia wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekroczyć kwoty 3600 zł.

Przewodniczący: ……