

Sygn. akt: KIO 1882/15
Sygn. akt: KIO 1900/15
Sygn. akt: KIO 1903/15

WYROK
z dnia 18 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 i 15 września 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 28 sierpnia 2015 r. przez **Odwołującego – Mostostal Warszawa S.A.**, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa (sygn. akt: KIO 1882/15);
- B. w dniu 31 sierpnia 2015 r. przez **Odwołującego – Warbud S.A.**, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa (sygn. akt: KIO 1900/15);
- C. w dniu 31 sierpnia 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Strabag Sp. z o.o., 2) Ed. Zueblin AG**, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (sygn. akt: KIO 1903/15), w postępowaniu prowadzonym **przez Zamawiającego – Wojskowy Instytut Medyczny**, ul. Szaserów 128, 04-141 Warszawa,

przy udziale:

- A. **IDS-BUD S.A.**, ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1882/15, KIO 1900/15, KIO 1903/15, po stronie **Zamawiającego**;
- B. **Warbud S.A.**, ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1882/15, KIO 1903/15, po stronie **Odwołującego**;

1

-
- C. **Mostostal Warszawa S.A.**, ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1900/15, KIO 1903/15, po stronie **Zamawiającego**;
- D. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Strabag Sp. z o.o., 2) Ed. Zueblin AG**, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1900/15, po stronie **Zamawiającego**;

orzeka:

- 1.1. uwzględnia odwołania o sygn. akt: KIO 1882/15, KIO 1900/15, KIO 1903/15 i w związku z uwzględnionym zakresem zarzutów nakazuje Zamawiającemu:**
- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - b) wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A, 2) NDI S.A, 3) Ergon Projects Limited, na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
 - c) odtajnienie treści dokumentów złożonych przez wykonawcę IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie w dniu 27 lipca 2015 r., za wyjątkiem informacji identyfikujących podmiot udostępniający zasoby,
 - d) odtajnienie pozostałej treści wyjaśnień z dnia 22 lipca 2015 r. złożonych przez wykonawcę IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz odtajnienie załączników nr 1.1. do 4.13, złożonych wraz z tymi wyjaśnieniami, za wyjątkiem informacji dotyczących cen przedstawionych ofert,
 - e) wezwanie wykonawcy IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1.3.1. SIWZ,

f) wezwanie wykonawcy Mostostal Warszawa S.A z siedzibą w Warszawie do złożenia wyjaśnień dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1.3.3. SIWZ, w części dotyczącej pełnienia, przez osobę wskazaną w Wykazie osób, funkcji kierownika robót sanitarnych na inwestycji dotyczącej budowy zbiornika wody Kiełpino wraz z przebudową przepompowni Migowo i budową magistrali łączącej zbiornik Kiełpino z gdańskim systemem wodociągowym,

2

g) wystąpienie, na podstawie § 1 ust. 5 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, do Instytutu Fizyki Jądrowej PAN im. H. Niewodniczańskiego, ul. Radzikowska 152, 31-342 Kraków, o przedłożenie informacji dotyczących realizacji inwestycji pn. Budowa Narodowego Centrum Radioterapii Hadronowej – Centrum Cyklotronowe Bronowice (etap I), w celu sprawdzenia spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Ed. Zueblin AG, warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V pkt 1.2.2. ppkt 2 SIWZ oraz w rozdziale V pkt 1.3.1 SIWZ,

h) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

1.2. w pozostałym zakresie oddala odwołania o sygn. akt: KIO 1882/15, 1900/15, 1903/15,

2. kosztami postępowania:

a) w sprawie o sygn. akt KIO 1882/15 obciąża IDS-BUD S.A z siedzibą w Warszawie i zasądza od tego wykonawcy: 1) na rzecz **Odwolującego – Mostostal Warszawa S.A z siedzibą w Warszawie**, kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 2) na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika; b) w sprawie o sygn. akt KIO 1900/15 obciąża –

IDS-BUD S.A z siedzibą w Warszawie; Mostostal Warszawa S.A z siedzibą w Warszawie; wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Ed. Zueblin AG – i zasądza od tych wykonawców: 1) na rzecz Odwołującego – Warbud S.A z siedzibą w Warszawie, kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, nakazując wykonawcom zapłatę tej kwoty w równych częściach, 2) na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, nakazując wykonawcom zapłatę tej kwoty w równych częściach;

3

c) w sprawie o sygn. akt KIO 1903/15 obciąża IDS-BUD S.A z siedzibą w Warszawie i zasądza od tego wykonawcy: 1) na rzecz **Odwolującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i Ed. Zueblin AG**, kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, 2) na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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**

Sygn. akt: KIO 1882/15

Sygn. akt: KIO 1900/15

Sygn. akt: KIO 1903/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojskowy Instytut Medyczny w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Budowa budynku Radioterapii dla potrzeb Kliniki Onkologii WIM”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 maja 2015 r. pod nr 2015/S 085-150777.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Sygn. akt KIO 1882/15

W dniu 28 sierpnia 2015 r., Odwołujący – Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie, zwanej dalej „IDS-BUD”, której oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący zarzucił tym samym dokonanie wyboru oferty z naruszeniem zasad określonych w art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 ust 1 ustawy Pzp;
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty IDS-BUD na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, poprzez uwzględnienie w badaniu i ocenie oferty obciążonej wadą, polegającą na zastosowaniu w obliczeniu ceny niewłaściwej, preferencyjnej stawki 8% VAT w odniesieniu do części robót stanowiących przedmiot zamówienia, wobec których wykonawca winien przyjąć jednolitą, podstawową 23% stawkę podatku VAT, właściwą do całego przedmiotu zamówienia jako kompleksowej roboty budowlanej, zgodnie ze sposobem szacowania wartości zamówienia przyjętym przez Zamawiającego w oparciu o szacunki opracowane na jego rzecz przez inwestora zastępczego, co w konsekwencji spowodowało dokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty nieporównywalnej

względem ofert pozostałych wykonawców, z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu;

- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako oferty niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przypadku potwierdzenia występowania nienadających się do poprawienia w treści oferty sprzeczności dotyczących podwykonawstwa, których wyjaśnienia Zamawiający zaniechał w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dołączonej do oferty Informacji o podwykonawstwie, stanowiącej zał. nr 4 do formularza oferty;
- 4) zaniechaniu wezwania IDS-BUD do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp w zakresie Informacji o podwykonawstwie, stanowiącej zał. nr 4 do formularza oferty, pomimo wynikającej z niej ewidentnej sprzeczności oświadczeń wybranego wykonawcy co do powierzenia realizacji zamówienia podwykonawcom oraz oczywistych wątpliwości co do tożsamości podmiotowej wskazanego w zobowiązaniu pisemnym jako podwykonawcy podmiotu w stosunku do podmiotu udostępniającego potencjał w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazanego w Informacji o podwykonawstwie;
- 5) zaniechaniu wykluczenia IDS-BUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp w związku z nie potwierdzeniem spełnienia

warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do doświadczenia zawodowego wykazanego kierownika budowy, którego doświadczenie nie spełnia wymogu określonego w Rozdz. V pkt V.1.3.1 SIWZ dotyczącego udziału w wykonaniu robót dotyczących bunkrów przeznaczonych do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych, z zastrzeżeniem wezwania tego wykonawcy w na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie;

- 6) zaniechaniu wykluczenia IDS-BUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 pkt 2 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 2013r., poz. 231), zwanego dalej „rozporządzeniem”, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w Rozdz. V pkt V.1.2.1 i pkt V.1.2.2 SIWZ, z uwagi na wady Wykazu robót oraz przedstawionego w ofercie zobowiązania pisemnego podmiotu udostępniającego potencjał niespełniającego wymogów § 1 ust 6 pkt 2 rozporządzenia, podpisanego przez osobę nieupoważnioną do samodzielnego działania, z zastrzeżeniem zaniechania uprzedniego wezwania Idsbud do uzupełnienia dokumentów na podstawie

6

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie, o ile nie potwierdzą się wątpliwości co do nieprawdziwości informacji dotyczących potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie pkt V.1.2.1 SIWZ w odniesieniu do inwestycji wykazanej w pierwotnym Wykazie robót, co skutkowałoby wykluczeniem IDS-BUD na podstawie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów, a co Zamawiający winien uprzednio bezspornie wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp;

- 7) zaniechaniu uchylecia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i odmowa udostępnienia informacji wynikających z odpowiedzi IDS-BUD na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 20.07.2015 r, które dotyczą wykazanej w Wykazie robót i dołączonych doń dokumentach wiedzy i doświadczenia Wykonawcy lub podmiotu udostępniającego na jego rzecz potencjału w tym zakresie, co w konsekwencji stanowiło naruszenie art. 8 ust. 2 i oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 11 pkt 4 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r, nr 153, poz. 1503 ze zm.), zwanej dalej „uznk” oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez utrzymanie skuteczności zastrzeżenia jawności informacji, które powinny być dostępne wykonawcom, z uwagi na niespełnienie określonych w art. 11 pkt 4 uznk przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu i ograniczanie praw wykonawców wyrażonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie korzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący wskazał, że działanie Zamawiającego polegające na uznaniu, że oferta IDS-BUD nie zawiera żadnych uchybień, a wykonawca ten nie podlega wykluczeniu, w świetle powyższych naruszeń ewidentnie potwierdza zasadność niniejszego odwołania. Wymienione czynności i zaniechania bezspornie miały wpływ na wynik postępowania i doprowadziły do dokonania wyboru oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp. Jednocześnie działanie Zamawiającego polegające na uznaniu za skutecznie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w odpowiedzi wybranego wykonawcy w zakresie Wykazu robót budowlanych i dołączonych doń dokumentów złożonych na wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 20.07.2015 r., bezspornie narusza wyrażoną w art 8 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zasadę jawności w postępowaniu, jak również zasady uczciwej konkurencji określoną w art. 7 ust 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie ujawnienia informacji podlegających ocenie Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

7

Zdaniem Odwołującego, działania Zamawiającego polegające na odmowie w dniu 21.08.2015 r. ujawnienia informacji zawartych w uzupełnionym Wykazie robót i dołączonych doń dokumentach oraz zwłoka w udzieleniu odpowiedzi na żądanie z 12.08.2015 r.

udostępnienia pełnej dokumentacji w tym zakresie, naruszają nie tylko zasady jawności i zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu, lecz przede wszystkim - z uwagi na ograniczenie przez Zamawiającego dostępności dokumentacji postępowania, bezspornie wpływają na utrudnienie realizacji uprawnień wykonawców w zakresie wnoszenia środków ochrony prawnej w odniesieniu do zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a tym samym naruszają art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w przypadku uznania słuszności zarzutów odnoszących się do wybranego wykonawcy, oferta Mostostal zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zamawiający dokonując wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, a więc - z naruszeniem powołanych przepisów, pozbawił Odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym - bezspornie naruszył jego interes.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanego w dniu 21.08.2015 r. w postępowaniu wyboru oferty złożonej przez IDS-BUD oraz uchylenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji zawartych w Wykazie robót i dołączonych doń dokumentach w ofercie IDS-BUD w zakresie wiedzy i doświadczenia,
 - 2) dokonania powtórnej oceny i badania ofert w postępowaniu, w tym - nakazanie odrzucenia oferty IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny, co stanowiło naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez uwzględnienie w badaniu i ocenie ofert oferty wykonawcy, który złożył ofertę nieporównywalną wobec ofert wykonawców, którzy zastosowali podstawową, właściwą dla kompleksowej usługi budowlanej stawkę podatku VAT w wysokości 23%,
- ewentualnie, w przypadku nieuznania przez Izbę żądania wyrażonego w pkt 2, nakazanie:
- 3) odrzucenia oferty IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako oferty niezgodnej z SIWZ, w przypadku potwierdzenia występowania nienadających się do poprawienia w treści oferty sprzeczności dotyczących podwykonawstwa, których wyjaśnienia Zamawiający zaniechał w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dołączonej do oferty Informacji o podwykonawstwie, stanowiącej zał. nr 4 do

8

formularza oferty, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania do wyjaśnień w tym zakresie;

- 4) wykluczenia IDS-BUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia, w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, mimo ewidentnych braków oraz wątpliwości w zakresie wykazanych informacji dotyczących Wykazu robót budowlanych oraz przedstawionego w ofercie zobowiązania pisemnego podmiotu udostępniającego potencjał, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie przedstawionego w ofercie IDS-BUD zobowiązania pisemnego Korporacji „Altis-Holding” oraz dołączonych do tego oświadczenia dokumentów mających potwierdzać właściwość reprezentacji podmiotu udostępniającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia określonego w Rozdz. V pkt V.1.2.1 i pkt V.1.2.2 SIWZ, nie wcześniej jednak niż uprzednim wezwaniem IDS-BUD do złożenia wyjaśnień w zakresie wykazanych inwestycji mających potwierdzać spełnienie warunku w zakresie pkt V.1.2.1 SIWZ, pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, bez możliwości wzywania do uzupełnienia dokumentów w przypadku potwierdzenia się zarzutu co do podania nieprawdziwych informacji;
- 5) wykluczenia IDS-BUD z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z niespełnieniem warunków dotyczących potencjału kadrowego w zakresie doświadczenia zawodowego wykazanego kierownika budowy zgodnie z wymogiem określonym w pkt V.1.3.1 SIWZ, z zastrzeżeniem nakazania uprzedniego wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie oświadczenia zawartego w treści Wykazu osób mającego potwierdzać

posiadanie wymaganego doświadczenia zawodowego w odniesieniu do osoby wykazanej do pełnienia funkcji kierownika budowy w celu bezspornego potwierdzenia spełniania warunku określonego w pktV.1.3.1 SIWZ

Uzasadnienie odwołania stanowi rozwinięcie powyższych zarzutów.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny, Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu przedmiot zamówienia oszacowany został przez Zamawiającego, z zastosowaniem podstawowej, tj. 23% stawki podatku VAT. Powyższe potwierdza jednoznacznie dokument wewnętrzny pochodzący z dokumentacji postępowania wszczynający postępowanie przetargowe, pn. „Wniosek nr 51/ZP/15 o uruchomienie

9

zamówienia publicznego”, a datowany na dzień 24.03.2015 roku i podpisany przez decydentów Zamawiającego na przełomie marca i kwietnia 2015 roku. W pkt 9 - 11 wymienionego wniosku jednoznacznie wskazano, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę netto 62.164.399,96 zł, w tym na zamówienia uzupełniające przewidziano 10.360.733,33 zł, a kwota brutto przeznaczona na sfinansowanie zamówienia publicznego wyniosła 63.718.509,96 zł. Z podanych we wniosku wartości kwotowych wynika bezspornie, że podana również podczas otwarcia ofert i ujęta w pkt 8 Protokołu postępowania Druk ZP - PN) kwota brutto obliczona została z zastosowaniem podstawowej stawki podatku VAT. Potwierdzone to zostało również przez inwestora zastępczego oraz samego Zamawiającego podczas rozprawy w sprawie o sygn. akt KIO 1586/15, która odbyła się w dniu 06.08.2015 r. w postępowaniu odwoławczym wszczętym na skutek odwołania wniesionego przez IDS-BUD wobec czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniesiono następnie, że podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty. Wybór oferty najkorzystniejszej powinien być dokonany zgodnie z najważniejszymi zasadami udzielania zamówień publicznych, tj. zasadą uczciwej konkurencji i zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp). Aby powyższe zasady były zachowane wymagane jest takie ustalenie przez wykonawców cen ofertowych, aby były one porównywalne, tj. obliczone według tych samych reguł. Cena ofertowa ustalana jest przez wykonawców w oparciu o opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego w sposób jednakowy dla wszystkich wykonawców. Możliwość porównania ofert przez zamawiającego, zwłaszcza dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej, stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Argumentowano następnie,

że kwestie dotyczące poprawnego określenia stawki podatku od towarów i usług VAT nie są regulowane ustawą Pzp, ponieważ w tym zakresie właściwe są przepisy ustawy z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz. U. z 2011 r., nr 177, poz. 1054). Istnieją też różne podglądy odnoszące się do tego czy przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiających obowiązek badania prawidłowości stawki podatku VAT zastosowanej przez wykonawcę przy obliczaniu ceny ofertowej. Bezsporne jest jednak, że dokonywanie takich ustaleń przez wykonawców winno wynikać ze sposobu obliczania ceny przyjętego przez Zamawiającego w określonym postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że głównym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór najkorzystniejszej oferty, a zatem takiej, która w rozumieniu art. 2 ust.

10

5 ustawy Pzp przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia albo ofertę z najniższą ceną. Cena stanowi więc obligatoryjne kryterium oceny ofert, a jej definicję, do której odsyła ustawa Pzp, zawiera art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 05.07.2001 r. o cenach (Dz. U. nr 97, poz. 1050 ze zm.). Zgodnie z tą definicją, cena jest wartością wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę, w której należy uwzględnić podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż tego towaru lub usługi podlega obciążeniu danym podatkiem. W świetle przywołanego przepisu, zatem, nie może budzić wątpliwości, że podatek VAT jest istotnym składnikiem ceny i jako ważny element cenotwórczy nakłada na wykonawców obowiązek obliczania określonej w ofercie ceny z uwzględnieniem właściwej stawki podatku VAT. Wybór najkorzystniejszej oferty powinien być

dokonany zgodnie z najważniejszymi zasadami udzielania zamówień publicznych, jakimi niewątpliwie są wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Tym samym - aby powyższe zasady były przestrzegane, wymagane jest takie ustalenie przez zamawiających zasad obliczania przez wykonawców cen ofertowych, aby ich oferty były porównywalne, czyli - by ich ceny były obliczane według tych samych reguł. Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego (sygn. akt III CZP 53/11) na zamawiającym spoczywa obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie ulega jednak wątpliwości, że podanie w cenie oferty nieprawidłowej, niższej stawki podatku od towarów i usług godzi w uczciwą konkurencję, natomiast zastosowanie przez wykonawcę stawki podstawowej VAT nie może być uznane za niekonkurencyjne w stosunku do innych wykonawców. Przyjęcie w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT jest zatem równoznaczne z błędem w obliczeniu zawartej w ofercie ceny, polegającym na wadliwym doborze przez wykonawcę elementu mającego niewątpliwie wpływ na obliczenie wysokości zaoferowanej ceny. Innymi słowy, posłużenie się przez wykonawcę choćby tylko jednym nieprawidłowo określonym elementem kalkulacji ceny przekłada się na wystąpienie błędu w obliczeniu ceny, bez względu na skalę lub rozmiar stwierdzonego uchybienia (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z dnia 12 marca 2015 r., sygn. akt KtO/KD 13/15, jak również w wyroku z dnia 25 listopada 2014r., sygn. akt KIO 2294/14).

Odwołujący wskazał na stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 52/11. Sąd Najwyższy w przywołanej uchwale wskazał, że "o porównywalności ofert, w zakresie zaproponowanej ceny, można zatem mówić dopiero wówczas, gdy określone w ofertach ceny, mające być przedmiotem porównywania,

11

zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł". Ponadto, Sąd Najwyższy wskazał, że określenie ceny z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek do stwierdzenia omyłki (art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Jednocześnie, Sąd Najwyższy podniósł, że jedynie wówczas, gdy zamawiający wskaże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą w ofercie wysokość określonej ceny, może dojść do wystąpienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odnosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania, należy stwierdzić, że Zamawiający nie podał w SIWZ konkretnej stawki podatku VAT, na wykonawcy spoczywa obowiązek samodzielnego jej ustalenia w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy. Zamawiający jest wówczas zobowiązany do oceny prawidłowości przyjętej w ofercie wykonawcy stawki podatku VAT, która jako element cenotwórczy ma niewątpliwie bezpośredni wpływ na ukształtowanie wysokości przedstawionej w ofercie ceny. W tym zakresie oferta IDS-BUD zawiera błąd w obliczeniu ceny, a tym samym Zamawiający obowiązany był do jej odrzucenia, czego zaniechał naruszając tym samym dyspozycję art 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także, że zastosowanie w przedmiotowym przypadku preferencyjnej stawki spowodowało, że Odwołujący nie pozyskał podatku VAT, przedmiotowego zamówienia. Różnica cen ofert obu wykonawców w odniesieniu do części zamówienia, dla której IDS-BUD zastosował preferencyjną stawkę VAT, co można łatwo obliczyć w oparciu o informacje wynikające z formularza oferty, jest na tyle mała (ok. 380 tys. zł), że w przypadku zastosowania przez IDS-BUD stawki podstawowej wobec całego przedmiotu zamówienia, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Powyższe miało więc ogromny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania.

Argumentowano także, że możliwość porównania ofert przez zamawiającego, zwłaszcza dzięki zastosowaniu przez wykonawców jednakowego sposobu obliczania ceny ofertowej, stanowi podstawę prawidłowej merytorycznej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o zamówienie publiczne. Nie ulega wątpliwości, że obowiązek ustalenia prawidłowej stawki podatku VAT spoczywa co do zasady na wykonawcy, jednak przyjęte w określonym postępowaniu przez zamawiającego zasady dotyczące ustalenia sposobu obliczania cen ofertowych mogą powodować, iż ocena prawidłowości zastosowania właściwej stawki podatku VAT przez wykonawców będzie należała właśnie do Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu nie powinno być zatem wątpliwości, iż - zgodnie z określoną przez Zamawiającego regułą obliczania ceny,

potwierdzoną przez inwestora zastępczego i Zamawiającego podczas rozprawy w sprawie o sygn. KIO 1586/15, celem Zamawiającego było otrzymanie porównywalnych ofert wykonawców, obliczonych z zastosowaniem jako właściwej podstawowej 23% stawki podatku VAT w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia jako kompleksowej (jednolitej) roboty budowlanej, stosownie do sposobu szacowania wartości zamówienia przyjętego przez Zamawiającego w oparciu o kosztorysy inwestorskie wykonane przez inwestora zastępczego WIM (WPUI sp. z o. o. z siedzibą w Ciechanowie). Tę regułę obliczenia ceny potwierdziła zresztą w swoich ofertach większość wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie.

Niezależnie od powyższej argumentacji wskazać też należy, iż przedmiot zamówienia, mimo że jest świadczeniem złożonym, jest w rzeczonym przypadku jednolity gospodarczo (stanowi jedną transakcję ekonomiczną) z punktu widzenia zarówno celu realizowanego zamówienia, interesów nabywcy, jak również - z punktu widzenia przepisów podatkowych. Między poszczególnymi elementami świadczenia istnieje bowiem na tyle silny funkcjonalny związek, że nie można wydzielić z niego jego poszczególnych elementów.

Nie ulega wątpliwości, że ani przepisy prawa krajowego ani Dyrektywy 2006/112/WE Rady z dnia 28.11.2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatkowego od wartości dodanej, nie zawierają definicji świadczenia złożonego. Ocena, w jakich okolicznościach świadczenia powiązane należy traktować jako świadczenia jednolite, kształtowana jest na bazie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszącego się każdorazowo do konkretnego stanu faktycznego.

Mimo to jednak, w świetle utrwalonej linii orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE, choć co do zasady każde świadczenie powinno być uznawane za odrębne i niezależne (vide: wyrok TS UE w spr. C-276/09 Everything Everywhere Ud), pamiętać należy, że transakcja ekonomiczna złożona z jednego świadczenia w aspekcie ekonomicznym nie powinna być sztucznie rozdzielana, by nie pogarszać funkcjonalności systemu VAT. Ponadto, nawet formalnie odrębne transakcje, które mogą być wykonywane oddzielnie, a zatem, które mogą oddzielnie prowadzić do opodatkowania lub zwolnienia, należy uważać za jedną transakcję, jeżeli nie są one od siebie niezależne. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości UE jednolite świadczenie występuje w przypadku, gdy dwa lub więcej elementy, albo dwie lub więcej czynności dokonane przez podatnika są ze sobą tak ściśle związane, że tworzą obiektywnie jedno niepodzielne świadczenie gospodarcze, którego rozdzielenie miałoby charakter sztuczny (vide: wyrok TS UE w spr. C-572/07 RLRE Tellmer Property sro, pkt 17). Ponadto, zgodnie z pojęciem usługi kompleksowej wprowadzonym do praktyki obrotu gospodarczego wyrokiem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (dalej „ETS”) w sprawie C-349/96, przyjmując

należy, że gdy kilka świadczeń obejmuje jedną usługę, nie można dzielić jej sztucznie dla celów podatkowych. Ponadto, ETS wyodrębnił usługę zasadniczą i pomocniczą wskazując, że usługa pomocnicza nie może stanowić celu samego w sobie, lecz jest środkiem do lepszego wykorzystania usługi zasadniczej.

W świetle powyższego, również w przypadku przedmiotowego zamówienia Zamawiający ustalając wartość szacunkową zamówienia uznał, iż ma do czynienia ze świadczeniem jednolitym, w którego przypadku również w odniesieniu do tzw. usług (w znaczeniu podatkowym) pomocniczych winno się stosować te same zasady opodatkowania, co do usługi zasadniczej.

Tym bardziej że wszystkie elementy objęte wykonaniem przedmiotowego zamówienia, w tym instalacje, zostaną na trwałe umieszczone w powstającym budynku i jako takie będą trwale z nim związane. Ich ewentualne odłączenie spowodowałoby uszczerbku dla funkcjonowania samego budynku, co tym samym uzasadnia jednolity charakter zamówienia.

Podkreślić należy, iż stosownie do postanowień wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ (dalej „Wzór umowy”) w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział dla realizacji przedmiotu zamówienia wynagrodzenie ryczałtowe zdefiniowane w art. 632 Kodeksu cywilnego (§ 19 ust 1 Wzoru umowy - str. 15 z 19). W myśl § 19 ust. 2 Wzoru umowy, wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy ma obejmować wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów

związanych z wykonaniem umowy. Powyższe determinuje stanowisko, iż intencją Zamawiającego nie jest nabycie poszczególnych elementów wykonanych robót budowlanych, a otrzymanie kompleksowo wykonanego obiektu. Pamiętać należy, iż w przypadku, gdy usługę na podstawie przeprowadzonej analizy można zaliczyć do dwóch lub kilku ugrupowań, należy przyjąć następujące zasady kwalifikacji, z tym jednak, że porównywać można jedynie grupowania tego samego poziomu hierarchicznego: a) grupowanie, które zawiera bardziej dokładny opis czynności powinno być uprzywilejowane (wybrane) w stosunku do grupowania zawierającego opis ogólny; b) usługa złożona, składająca się z kombinacji różnych czynności, której nie można zaklasyfikować zgodnie z ww. zasadą interpretacyjną, powinna być zakwalifikowana tak, jak gdyby składała się z usługi, która nadaje całości zasadniczy charakter; c) usługę, której nie można zaklasyfikować zgodnie z powyższymi zasadami należy zaklasyfikować w grupowaniu odpowiednim dla usługi o najbardziej zbliżonym charakterze pkt 7.6.2 załącznika do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 października 2009 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) (Dz. U. z 2008r. nr 207, poz. 1293). W świetle powyższego, to usługa budowlana stanowiąca przeważający element przedmiotowego

14

zamówienia, na gruncie prawopodatkowym, determinuje przyjęcie prawidłowej stawki podatku od towarów i usług dla całego zadania jako 23%.

Ponadto należy zwrócić uwagę, iż kwestia opodatkowania usług kompleksowych była rozważana już w orzeczeniach sądów krajowych, jak i ETS - wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2002 r., sygn. akt III RN 66/01, w którym stwierdzono, że podział jednorodnej kompleksowej usługi na dwa odrębne rodzaje jest podziałem sztucznym i nie może stanowić podstawy do podziału kwoty należnej za tę usługę na dwie części, z czego każda jest objęta inną stawką VAT. W sposób zbieżny z zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy, problem świadczeń złożonych został również przeanalizowany przez ETS w toku sprawy: C-439/96 pomiędzy Card Protection Plan Ltd (CPP) a Commissioners of Customs and Exice (Wielka Brytania), w sprawie Levob Verzekeringen BV.oV Bank NV v. Staatssecretaris van Financien (C-41/04), w sprawie Aktiebolaget NN v. Skatteverket (C-111/05).

Reasumując Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest jedno główne świadczenie, na które składają się inne świadczenia pomocnicze. Jednak, gdy kilka świadczeń obejmuje z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę, usługa ta nie powinna być dzielona dla celów podatkowych. Wynika to z samego charakteru usługi, która składa się z różnych świadczeń, prowadzących jednak do osiągnięcia jednego celu, jakim jest usługa budowlana polegająca na budowie budynku. W związku z powyższym, wszystkie elementy pomocnicze usługi zasadniczej winny być zaklasyfikowane i opodatkowane tak, jak usługa podstawowa, która nadaje całości zasadniczy charakter. Dla robót budowlanych polegających na budowie budynku ustawodawca nie przewidział preferencyjnej stawki podatku VAT.

Odwołujący podsumował, że w związku z powyższym należy uznać, iż zastosowana przez IDS-BUD stawka podatku od towarów i usług - jako stawka mieszana - jest nieprawidłowa, zaś prawidłowo przyjęta winna być stawka w wysokości 23%.

Z uwagi na powyższe, zarzut w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie. W przypadku bowiem uznania za słuszne stosowania przy obliczaniu cen ofert różnych stawek podatku VAT, oferty wykonawców byłyby względem siebie nieporównywalne, co determinowałoby powstanie wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie ważnej umowy i winno skutkować rozważeniem przez Zamawiającego unieważnienia całego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w Rozdz. V pkt V.1.2.1 i pkt V.1.2.2 SIWZ, Odwołujący przytoczył powyższą treść wymogów specyfikacji, wskazując że w złożonym pierwotnie przez IDS-BUD Wykazie robót budowlanych wykazano tylko jedną inwestycję pn. „Przebudowa budynku szpitala oraz rozbudowa istniejącego budynku dawnego Szpitala Sióstr Elżbietanek w

15

Warszawie przy ul. Goszczyńskiego 1, do budowy budynku z przeznaczeniem na cele szpitalne, budowie garażu podziemnego i parkingu naziemnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną. Wykazane zadanie wykonane zostało przez IDS-BUD na rzecz Platinum Hospitals S.A. z siedzibą w Warszawie. Ujęty w Wykazie opis robót, jak również

dołączony doń dokument referencyjny bezspornie nie potwierdziły w pełni spełnienia wymogów określonych w pkt V.1.2.1 - V.1.2.2 SIWZ oraz wymaganego tu w obu częściach warunku zakresu robót.

W związku z tym, Zamawiający pismem z dnia 20.07.2015 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przez Wykonawcę spełnianie wyżej zacytowanego warunku udziału w postępowaniu, wskazując konkretnie, że „dołączony do oferty wykaz robót budowlanych nie zawiera roboty budowlanej odpowiadającej wymaganiom określonym w pkt 2 (pkt V.1.2.2 SIWZ) oraz że we wskazanym zakresie .nie dołączono do oferty wymaganych dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone”. Z powyższego wynika też bezspornie, że wezwanie Zamawiającego odnosiło się wyłącznie do potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie roboty budowlanej odpowiadającej wymaganiom określonym w pkt 2 (pkt V.1.2.2 SIWZ).

Zgodnie z wiedzą Odwołującego, wezwany do uzupełnienia wykonawca, udzielił Zamawiającemu w dniu 27.07.2015 r. odpowiedzi, w której IDS-BUD dokonał uzupełnienia w zakresie całego Wykazu robót, a zatem zarówno części objętej wezwaniem (pkt V.2.2 SIWZ), która została przez IDS-BUD utajniona, jak i części dotyczącej pkt 1 warunku, tj. pkt V.1.2.1 SIWZ. Zamawiający po uzyskaniu odpowiedzi tego wykonawcy uznał, że informacje zawarte w utajnionej części Wykazu nie spełniają warunków tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 pkt 4 uznk. Wskazano następnie, że Odwołującemu, co prawda, nie została udostępniona treść uzasadnienia wyłączenia jawności oświadczeń i dokumentów objętych wskazaną odpowiedzią na wezwanie. Niemniej jednak, Odwołujący zapoznał się podczas drugiego okazania niekompletnej dokumentacji postępowania w siedzibie Zamawiającego, z korespondencją prowadzoną między IDS-BUD a Zamawiającym w zakresie odnoszącym się do utajnienia informacji zawartych we wskazanym uzupełnieniu.

Odwołujący wskazał, że z pisma Zamawiającego z dnia 31.07.2015 r. skierowanego do IDS-BUD wynika jednoznacznie, że „po dokonaniu analizy złożonych przez Wykonawcę w dniu 27.07.2015 r. dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 20.07.2015 r., postanowił odtajnić dokumenty zastrzeżone przez Wykonawcę jako stanowiące tajemnice przedsiębiorstwa. W uzasadnieniu Wykonawca nie

16

wykazał, że informacje zawarte w złożonych dokumentach stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.”

Odwołujący podniósł, że powyższe potwierdza wyraźnie, iż IDS-BUD nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzenia spełnienia przesłanek określonych w art. 11 pkt 4 uznk.

Przytoczono następnie, że w nawiązaniu do pisma Zamawiającego z 31.07.2015 r, IDS-BUD zwrócił się do Zamawiającego z pytaniem „czy dokumenty firmy Budimex S.A. zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa tożsame do naszych, w szczególności w zakresie wykazu robót złożonego na spełnienie warunku pkt V.1.2.2 SIWZ wraz z dowodem potwierdzającym należyte wykonanie roboty również zostały odtajnione? Jeżeli tak, to prosimy o wyznaczenie terminu dokonania zdjęć odtajnionych dokumentów firmy Budimex S.A.” Zamawiający pismem z dnia 21.08.2015 r. poinformował IDS-BUD, że „w zakresie pkt 2 anuluje decyzję z dnia 31.07.2015 r. o odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa”. Jednocześnie, tego samego dnia (21.08.2015 r.), w odpowiedzi na wystosowaną przez Odwołującego pismem z dnia 12.08.2015 r. (dopiero po 9 dniach) prośbę o niezwłoczne udostępnienie wcześniej nieudostępnionych mu podczas okazania dokumentacji postępowania dokumentów z oferty IDS-BUD w zakresie odpowiedzi, jakiej wykonawca ten udzielił na wezwanie do uzupełnienia z dnia 20.07.2015 r. (Zamawiający wówczas o tym fakcie nie poinformował Odwołującego i nie wskazał powodów nieudostępnienia), Zamawiający odmówił udostępnienia w tym zakresie, wskazując, że „wyjaśnienia firmy IDS-Bud S.A. na wezwanie Zamawiającego z dnia 20.07.2015 r. są zastrzeżone „tajemnicą przedsiębiorstwa.” Po odmowie udostępnienia Odwołującemu wyjaśnień / uzupełnień IDS-BUD, która miała miejsce 21.08.2015 r., w dniu 27.08.2015 r., Zamawiający telefonicznie poinformował Odwołującego, że nie udostępnił Odwołującemu podczas okazania pełnej dokumentacji postępowania w odniesieniu do dokonanego przez IDS-BUD w dniu 27.07.2015 r. uzupełnienia i następnie przekazał drogą elektroniczną jawną część wykonanego przez IDS-BUD uzupełnienia, zawierającego jawną część Wykazu robót i

kopię jednego poświadczenia.

Z treści udostępnionego w dniu 27.08.2015 r. materiału wynika, że IDS-BUD stworzył de facto 2 Wykazy robót - jeden odnoszący się do części warunku z pkt V.1.2.1 SIWZ, który został ujawniony i drugi Wykaz, który dotyczy drugiej części warunku wyłącznie w zakresie pkt V.1.2.2 SIWZ (załączniki nr 3 - 5 odpowiedzi). Odwołujący zauważył, że wezwanie z 20.07.2015 r. dotyczyło de facto tylko niespełnienia warunku w zakresie pkt V.1.2.2 SIWZ i niedołączenia dowodów w tym zakresie. Zamawiający nie wzywał bowiem IDS-BUD do uzupełnienia w zakresie pierwszej części warunku. Zdziwienie Odwołującego budzi więc fakt,

17

że IDS-BUD w uzupełnionym Wykazie robót (poza dotychczas wykazaną robotą) przedstawił niezgodnie z wezwaniem (działanie własne wykonawcy) nowe zadanie na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie pkt V.1.2.1 SIWZ. Takie postępowanie wykonawcy powinno bezspornie zwrócić uwagę Zamawiającego na informacje wynikające z Wykazu robót w tym zakresie (zarówno pierwotnego jak i uzupełnionego) w odniesieniu do inwestycji polegającej na „Przebudowie budynku szpitala oraz rozbudowie istniejącego budynku dawnego Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie przy ul. Goszczyńskiego” w kontekście faktycznego potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie pkt V.1.2.1 SIWZ. Niezrozumiałe jest bowiem działanie wykonawcy polegające na uzupełnieniu Wykazu o nowe zadanie w zakresie wykonania roboty, co do której potwierdzenie spełnienia warunku winno wynikać z pierwotnie wykazanego zadania. Zamawiający winien zatem powziąć zasadnicze wątpliwości w tym zakresie i dokonać stosownych wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający winien tu w szczególności bezspornie potwierdzić wykonanie wszystkich instalacji teletechnicznych zgodnie z postawionym w pkt V.1.2.1 SIWZ wymogiem. W odniesieniu do drugiego zadania ujętego w uzupełnionym Wykazie, tj. „Rozbudowy Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu”, Odwołujący podniósł, że wymieniona inwestycja również nie spełnia warunku w pełnym zakresie. Wykonywane tu prace nie obejmowały bowiem instalacji teletechnicznych w zakresie telewizji dozorowej CCTV, co potwierdza Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR) z przedmiotowej inwestycji.

Mając więc powyższe informacje na uwadze Zamawiający winien być bezspornie potwierdzić spełnienie warunku w tym zakresie korzystając z dostępnych mu instrumentów wyjaśniających, w szczególności z wezwania w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem ewentualnego wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niespełnienia warunku w zakresie pkt V.1.2.1 SIWZ. Wskazano przy tym, że w przypadku potwierdzenia podania przez IDS-BUD nieprawdziwych informacji w tym zakresie - powinno to skutkować wykluczeniem tego wykonawcy również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bez możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się, z kolei, do utajnionej części uzupełnionego Wykazu robót, mając na uwadze wyżej opisane działania Zamawiającego, Odwołujący podniósł, że istnieją uzasadnione wątpliwości co do faktycznego i rzetelnego przeprowadzenia przez Zamawiającego analizy zasadności zastrzeżenia informacji zawartych w Wykazie robót jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz spełnienia w tym zakresie przesłanek uzasadniających utrzymanie jego skuteczności w świetle przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa określonych w art. 11 pkt 4 uznk.

18

Wskazano, że z treści przytoczonej wyżej korespondencji między wybranym wykonawcą a Zamawiającym wynika bezspornie, że wykonawca ten nie przedstawił wystarczającej argumentacji uzasadniającej utrzymanie skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wobec informacji zawartych w odpowiedzi dotyczącej uzupełnianego Wykazu robót i dołączonych doń dokumentów. Zdziwienie też budzi fakt, jakoby możliwe było wywodzenie skuteczności uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do informacji wynikających z Wykazu IDS-BUD w oparciu o uzasadnienie niejawności tych informacji z uwagi na ich tożsamość z Wykazem robót innego uczestnika rzeczzonego przetargu (Budimex S.A.).

Zdaniem Odwołującego, w świetle takich działań Zamawiającego, brak jest podstaw do bezspornego potwierdzenia spełnienia przesłanek uzasadniających skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa z art. 11 pkt 4 uznk. Tym bardziej w świetle nieobjęcia

zastrzeżeniem tajności i ujawnienia w ofercie IDS-BUD innych oświadczeń (vide: Informacja o podwykonawstwie i zobowiązanie pisemne Korporacji Altis - Holding) jednoznacznie związanych z informacjami, które winny znaleźć odzwierciedlenie w Wykazie robót, a które ewidentnie odnoszą się do podmiotu udostępniającego potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, który w roli podwykonawcy miałby wykonywać część przedmiotu zamówienia. Ów brak konsekwencji ze strony IDS-BUD, co do traktowania jako tajne informacji dotyczących podwykonawcy, a tym samym danych z Wykazu robót jednoznacznie wskazuje, że informacje wynikające z uzupełnionego Wykazu robót bezspornie nie stanowią w całości, jak również w żadnej części tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu powołanego przepisu art. 11 pkt 4 uznk. Nie można bowiem twierdzić, a Zamawiający nie powinien w tej sytuacji z pewnością a priori zakładać, że nie doszło już do upublicznienia rzeczonych informacji przez wykonawcę oraz że wykonawca ten faktycznie podjął niezbędne czynności do zachowania tych informacji w poufności. Podkreślono także,

że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Przewiduje on również, że wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 ustawy Pzp. Już pobieżna analiza art. 8 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje, iż pozostaje on w ścisłej korelacji z ustępami 1 i 2 artykułu 8. Pierwszy z przywołanych przepisów stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, zaś drugi, iż zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach

19

określonych w ustawie. Mając na uwadze relacje zachodzące pomiędzy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, który ustanawia zasadę jawności postępowania oraz art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, który wyznacza wyjątek od tej zasady, zasadnym jest przyjęcie, że mamy do czynienia ze swego rodzaju normą kolizyjną, która rozstrzyga pierwszeństwo praw podmiotowych. W tym ujęciu jako zasada korzystająca z pierwszeństwa ochrony powinna być traktowana zasada jawności postępowania, zaś objęcie ochroną tajemnicy przedsiębiorstwa winno mieć miejsce wyjątkowo, na zasadzie odstępstwa od zasady ogólnej. Na ekstraordynaryjność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zwróciła uwagę KIO w wyroku z dnia 19 lipca 2010 r. (połączone sprawy KIO/UZP 1400/10 oraz KIO/UZP 1401/10) uznając, że „Zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa ma charakter wyjątkowy, gdyż zasadą jest jawność postępowania o zamówienie publiczne. Z tego też powodu we wszystkich sytuacjach wątpliwych opowiedzieć należy się za prymatem zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tylko wówczas, gdy spełnione zostaną wszelkie przesłanki ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa opisane w art. 8 ust. 3 Pzp prawnie dopuszczalne staje się wyłączenie zasady jawności postępowania.”. Podkreślić należy, iż zasadniczą przesłanką objęcia ochroną na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp jest dokonanie przez wykonawcę zastrzeżenia informacji, które w istocie stanowią tajemnicą przedsiębiorstwa. Skutecznemu zastrzeżeniu podlega tylko taka informacja, która faktycznie stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Sama (formalna) czynność zastrzeżenia jest prawnie nieskuteczna do uzyskania ochrony na gruncie art. 8 ust. 3 Pzp, jeżeli zastrzeżeniu podlegają informacje, które nie spełniają kryteriów tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Definicja tajemnicy przedsiębiorstwa została wyrażona w art. 11 ust. 4 uznk. Zgodnie z nią przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Zwrócić należy uwagę, iż to na zamawiającym, jako dysponentcie dokumentów, które stanowią załączniki do protokołu postępowania, o czym przesądza jednoznacznie art. 96 ust. 2 ustawy Pzp, ciąży obowiązek weryfikacji skuteczności zastrzeżenia przez konkretnego wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa. Jako takie podlegają one ujawnieniu zgodnie z art. 96 ust. 3 PZP oraz § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 26 października 2010 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. Nr 223, poz. 1458). Z tego też powodu orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej konsekwentnie eksponuje konieczność dokonania sprawdzenia przez zamawiającego, czy informacje zastrzegane przez wykonawcę rzeczywiście mogą zostać zastrzeżone. W wyroku dnia 8 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1542/14) Izba przyjęła, że:

„Zastrzeżenie zakazu udostępniania informacji dokonane przez wykonawcę staje się skuteczne dopiero w sytuacji gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeszcze wyraźniej obowiązek zweryfikowania zastrzeżenia zaakcentowała Izba w wyroku z dnia 9 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 2932/13): „O skuteczności zastrzeżeń, aczkolwiek względnej, można mówić tylko wówczas, gdy zamawiający w wyniku przeprowadzenia odpowiedniego badania pozytywnie przesądzi, że zastrzeżone informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jeżeli natomiast w ocenie zamawiającego zastrzeżone przez wykonawcę informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa lub są jawne na podstawie przepisów ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych lub odrębnych przepisów zobowiązany jest, bez względu na stanowisko wykonawcy, do ich ujawnienia w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Niezwykle dobitnie obowiązek ten wyeksponowała Izba w przywoływanym już wyroku z dnia 19 lipca 2010 r. (połączone sprawy KIO/UZP 1400/10 oraz KIO/UZP 1401/10) uznając, że: „Zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a wykonawcy powinni wykazać, że zastrzegli poufność określonych danych w sposób uprawniony. Tym samym, zamawiający jest zobowiązany przeprowadzić postępowanie wyjaśniające, w celu weryfikacji poprawności zastrzeżenia w odniesieniu do konkretnych informacji tajemnicy przedsiębiorstwa. Wskazana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej doskonale wpisuje się w wypracowaną przez cywilistykę teorię obiektywnego charakteru tajemnicy przedsiębiorstwa. Z tego też powodu zasadnie Izba przyjmuje, że uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa nie jest uwarunkowane subiektywnymi odczuciami wykonawcy, a wręcz przeciwnie - konieczne jest spełnienie czynników o charakterze obiektywnym (tak: Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku dnia 22 września 2014 r. sygn. akt KIO 1877/14).

Podkreślono następnie, że zastrzeżenie podlega weryfikacji każdorazowo w stosunku do każdego dokumentu związanego z postępowaniem. Krajowa Izba Odwoławcza zasadnie podkreśla, że: „Brak jest podstaw do przyjęcia jako zasady, iż objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa jakiegoś parametru, rozciąga się automatycznie na wszystkie wyjaśnienia wykonawcy z nim związane. Każda sytuacja wymaga indywidualnej oceny biorąc pod uwagę okoliczności i kontekst sytuacyjny danego postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2014 r. sygn. akt. KIO 341/14).

Odnosząc się konkretnie do powyższych wątpliwości i dokumentów ujawnionych w ofercie IDS-BUD, Odwołujący wskazał, że do oferty dołączono zobowiązanie pisemne

ukraińskiej Korporacji „Altis - Holding”, z którego treści wynika, że intencją udostępniającego jest oddanie do dyspozycji w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia w wykonaniu roboty odpowiadającej swym zakresem punktowi V.1.2.2 SIWZ. Wskazany tu charakter stosunku łączącego Wykonawcę z podmiotem udostępniającym - to podwykonawstwo. Zatem konsekwentnie należy uznać, że robota, której doświadczenie zdobyte przez Altis Holding dotyczy, a która nie została w Wykazie wykazana, powinna zostać ujęta w uzupełnionym Wykazie robót, co uzasadnia konieczność przynajmniej częściowego odtajnienia ujętych w nim informacji.

Odnosząc się do treści ujawnionego w ofercie zobowiązania Korporacji Altis - Holding, zwracamy uwagę, że niezależnie od faktu określenia charakteru stosunku łączącego ów podmiot z wykonawcą jako stosunek podwykonawstwa, treść zobowiązania nie spełnia wymagań § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia. Oświadczenie to nie określa, jaki jest faktyczny zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu oraz jaki będzie sposób korzystania przez wykonawcę z udostępnionych w zakresie wiedzy i doświadczenia zasobów w rozumieniu wymogów § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia. Analizowane zobowiązanie podmiotu trzeciego nie określa w sposób jednoznaczny zasobu, który zostanie udostępniony wykonawcy. W jego treści powielony został wymóg Zamawiającego, nie sprecyzowano natomiast doświadczenia podmiotu trzeciego, które ma zostać udostępnione. Przedmiotowe zobowiązanie nie precyzuje, jaki zasób zostaje udostępniony Wykonawcy przez podmiot trzeci. Odwołujący zwraca uwagę, iż uprawnienia Zamawiającego do żądania przedstawienia

przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia dokumentów nie jest uprawnieniem o charakterze abstrakcyjnym, lecz ustawodawca przydaje mu szczególny cel, a mianowicie umożliwienie Zamawiającemu dokonania oceny stopnia dysponowania przez wykonawcę zasobami innych podmiotów. W wyniku analizy przedłożonych dokumentów Zamawiający winien mieć pewność, iż owo dysponowanie umożliwi wykonawcy dostęp w niezbędnym zakresie dla należytego wykonania zamówienia. Niezbędne w tym zakresie jest precyzyjne określenie tego zasobu. Co więcej, kolejnym elementem działań Zamawiającego względem dokumentu potwierdzającego udostępnienie zasobu przez podmiot trzeci winno być określenie graniczące z gwarancją rzeczywistego dostępu do zasobu tego podmiotu trzeciego. Zatem zobowiązanie to, aby umożliwić Zamawiającemu dokonanie powyższych ocen, winno określać w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób ich wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Mając na względzie powyższą regulację sprecyzowaną w § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia, nie sposób uznać, aby zobowiązanie podmiotu trzeciego Altis-Holding

22

załączone do oferty wykonawcy spełniało warunki przedstawione przez ustawodawcę w dyspozycji ostatnio przywołanego przepisu, szczególnie ze względu na cel, dla którego ustawodawca doprecyzował minimalne wymagania dla takiego dokumentu. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na ugruntowane stanowisko KIO, w tym zakresie wyrażone choćby w wyroku z dnia 2 listopada 2011 r. sygn. akt KIO 2234/11, zgodnie z którym „(...) dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udostępnienie potencjału innego podmiotu. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny dowodu przez zamawiającego. Omawiany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do Innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust 1 pkt 2-4 p.z.p. zasobami może mieć różną postać oraz treść - stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. Zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wole udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu. W ocenie izby z ogólnej treści oświadczeń zawartych w ofercie przystępującego nie sposób wywieść, jakie zasoby dane podmioty oddają do dyspozycji wykonawcy X, ponieważ oświadczenia nie określają w żaden sposób formy i zakresu udostępnienia zasobów, zatem są niewystarczające w świetle art. 26 ust. 2b ustawy p.z.p., jako dowód realnego oddania przez podmiot udostępniający swojego potencjału do dyspozycji wykonawcy. Oświadczenia wymienionych powyżej podmiotów udostępniających potencjał wykonawcy X ograniczają się jedynie do stwierdzenia, że podmiot składający oświadczenie zobowiązuje się do oddania do dyspozycji przystępującego niezbędnym zasobów, bez wskazania jakiego rodzaju są to zasoby i w jakiej ilości. Zdaniem izby, ww. oświadczenia są zbyt ogólne i niewystarczające do stwierdzenia w jakiej ilości i jakiego rodzaju potencjał został udostępniony X w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wynika z nich bowiem, do czego konkretnie zobowiązują się dane podmioty, które złożyły oświadczenia. Tymczasem na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Opatrzanie przez przystępującego ww. oświadczeń treścią, która miałaby doprecyzować i uszczegółowić treść tych oświadczeń należy uznać za

23

nieprawidłowe i niedopuszczalne, ponieważ to podmiot trzeci udostępniający dany potencjał winien wskazać rodzaj i ilość udostępnionego potencjału jak również okres w którym zostanie on udostępniony wykonawcy”.

Odwolujący wskazał także na wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11, niepubl., w którym sąd zwrócił uwagę na to, że "przekazanie

potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie ma jednak podstaw prawnych, aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca czy też w innym charakterze" (podobnie KIO w wyroku z dnia 11 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 179/13, oraz w wyroku z dnia 12 sierpnia 2011 r, sygn. akt KIO 1640/11).

Podkreślono, że konieczność wykazania rzeczywistego dysponowania w postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wskazanymi w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu spoczywa na wykonawcy ubiegającym się o udzielenie konkretnego zamówienia. Ocena rzeczywistego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia musi być dokonywana przez Zamawiającego indywidualnie w każdym postępowaniu, z uwzględnieniem konkretnych okoliczności. Za niewystarczające zatem należy uznać tak ogólne określenie zasobu przez podmiot trzeci zobowiązujący się do jego oddania IDS-BUD posiadanego zasobu, nieprecyzujący w treści zobowiązania, jaki potencjał podmiot ten faktycznie udostępnia.

Mając na względzie powyższe uwagi, należy zasadnie uznać, iż Zamawiający nie mógł przyjąć, że oświadczenie to w wystarczającym stopniu gwarantuje wykonawcy rzeczywisty dostęp do udostępnianych zasobów.

W tym zakresie, więc, Zamawiający powinien się również zwrócić do Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o uzupełnienie oświadczenia podwykonawcy, pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Dodatkowo wskazano, że wątpliwości Zamawiającego powinno też wzbudzić umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie podpisane, która została upoważniona przez Pana M. Z., wobec którego można mieć wątpliwości co do jego faktycznego umocowania do samodzielnej reprezentacji Korporacji Altis - Holding. Wątpliwości te pozostały mimo dokonania wezwania IDS-BUD do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 4

24

ustawy Pzp i udzielenia przez wykonawcę lakonicznej odpowiedzi, ponieważ z dołączonego do oferty dokumentu (kopia wyciągu z rejestru ukraińskiej Korporacji) nie wynika upoważnienie do działania w imieniu ukraińskiego podmiotu samodzielnie, a tym samym osoba ta nie mogła upoważnić do samoistnego reprezentowania Korporacji Altis - Holding osoby podpisującej zobowiązanie pisemne dołączone do Wykazu. Pragniemy tu podkreślić, że to wykonawca ma udowodnić, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia m.in. w zakresie wiedzy i doświadczenia innych podmiotów. W tym celu Zamawiający obowiązany jest oceniać treść dokumentów złożonych przez wykonawcę oraz ich formę lub sposób wystawienia. W wyroku z dnia 30 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1498/12, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „ze względu na brak informacji, co do osoby wystawiającej przedkładane zobowiązanie, odwołujący nie udowodnił w sposób wystarczający zamawiającemu, iż dysponował będzie potencjałem podmiotu trzeciego, na który się powoływał”. Otrzymane w tym zakresie wyjaśnienie wykonawcy *de facto* nie wystarczą do potwierdzenia właściwości reprezentacji podmiotu udostępniającego potencjał i powinno skutkować wezwaniem do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, o ile zastosowanie tego trybu wezwania będzie możliwe w świetle pozostałych zarzutów niniejszego odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem uprzedniego wezwania do złożenia przez IDS-BUD wyjaśnień w odniesieniu do Informacji o podwykonawstwie, stanowiącej zał. nr 4 do oferty, Odwołujący wskazał, że Informacja o podwykonawstwie jest oświadczeniem wykonawcy, stanowiącym element treści oferty sporządzony na formularzu, którego wzór określił Zamawiający. Z treści złożonego przez IDS-BUD oświadczenia wynika, iż wykonawca ten w pkt 1 i 2 złożył sprzeczne w stosunku do siebie oświadczenia co do powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia. Jednocześnie, w pkt 3 Informacji podał, iż podmiotem, z którego potencjału na potwierdzenie spełniania warunku będzie korzystał na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp, jest podmiot o nazwie „Altis”. Podmiot o tej nazwie

nie został odzwierciedlony w żadnym innym oświadczeniu dołączonym do oferty, ponieważ dołączone do oferty zobowiązanie pisemne, niezależnie od wcześniej podnoszonych wad wymienionego oświadczenia, odnosi się do Korporacji „Altis - Holding”.

Zamawiający, pomimo wystąpienia wskazanych, istotnych sprzeczności i rozbieżności nie podjął żadnych czynności wyjaśniających w tym zakresie, ani nie dokonał odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ.

25

Odwołujący wskazał, że wskazane sprzeczności, stanowią istotne wady rzeczzonego oświadczenia woli i nie podlegają poprawie jako omyłki w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Niezależnie od tego, celem bezspornego potwierdzenia wskazanych niezgodności, Zamawiający powinien był uprzednio wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku dotyczącego potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazanego kierownika budowy (Pan R. D.), określonego w pkt V.1.3.1 SIWZ, Odwołujący podniósł, iż poprzez działanie polegające na uznaniu przez Zamawiającego za wystarczające informacji ujętych w Wykazie osób, Zamawiający nie był w stanie obiektywnie zweryfikować doświadczenia zawodowego wykazanego w ofercie kierownika budowy.

Zgodnie z postawionym przez Zamawiającego wymogiem, wykazywana na stanowisko kierownika budowy osoba powinna posiadać m. in. „doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o wartości robót co najmniej 20.000.000 zł brutto, która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum: - dwóch bunkrów z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonych do montażu akceleratorów energetycznych - robót konstrukcyjnych.” Odwołujący podniósł, że z dołączonego do oferty IDS-BUD Wykazu nie wynika, by wykazany kierownik budowy posiadał doświadczenie w zakresie udziału wykonaniu robót obejmujących wykonywanie bunkrów, które przeznaczono do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych. W Wykazie ujęto, co prawda, doświadczenie na stanowisku kierownika budowy dotyczące inwestycji pn. „Centrum Radioterapii Otwock”, gdzie w opisie doświadczenia podano „Wykonanie robót konstrukcyjnych i pomieszczenia z osłonami radiologicznymi (3 bunkry akceleratorów. 1 bunkier brachyterapii HDR, 1 pracownię tomografu) oraz łóżkowy oddział szpitalny. Brak tu jednak informacji czy akceleratory, których montaż został na wymienionym zadaniu dokonany, były wysokoenergetyczne. Zamawiający nie mógł zatem skutecznie ocenić i potwierdzić spełnienia warunku w tym zakresie. Odwołujący podniósł w konsekwencji, że IDS-BUD nie potwierdził spełnienia wymogu doświadczenia przez wykazaną osobę, a tym samym Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

26

Sygn. akt KIO 1900/15

W dniu 31 sierpnia 2015 r., Odwołujący – Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

Odnosnie oferty złożonej przez IDS-BUD S.A.:

- 1) naruszeniu art. 8 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. z dnia 26 czerwca 2003 r.; Dz.U. Nr 153, poz. 1503 - dalej „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia części oferty wykonawcy IDS-BUS oraz składanych wyjaśnień i uzupełnień, mimo iż zastrzeżone informacje nie spełniają przesłanek uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa i wykonawca nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia;
- 2) naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pomimo, iż nie wykazał on

- spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 3) naruszeniu art. 90 ust. 3 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez IDS-BUD w wyniku wezwania do wyjaśnienia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz zaniechanie odrzucenia oferty IDS-BUD pomimo, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają iż oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 4) naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty IDS-BUD pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. oferta nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia.
- Odnosnie oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. (dalej „Mostostal”):*
- 5) naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie,
- 6) naruszeniu art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Mostostal w wyniku wezwania do wyjaśnienia, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, pomimo, iż złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają iż oferta zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;

27

-
- 7) naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, tj. oferta nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia.

Odnosnie oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Strabag Sp. zo.o. - Lider i Ed Zueblin A.G. - Partner (dalej „Konsorcjum Strabag”):

- 8) naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia i złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie,

Odnosnie oferty złożonej przez Konsorcjum firm: INSO Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A. - Lider, NDI S.A. - Partner, ERGON Projects Limited - Partner (dalej „Konsorcjum INSO”):

- 9) naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert dotyczących ofert:
 - a. IDS-BUD;
 - b. Mostostal;
 - c. Konsorcjum Strabag;
 - d. Konsorcjum INSO;
 2. udostępnienia bezzasadnie utajnionej części oferty oraz wyjaśnień i uzupełnień składanych przez IDS-BUD,
 3. wykluczenia z postępowania następujących wykonawców oraz odrzucenia ofert przez nich złożonych:
 - a. IDS-BUD;
 - b. Mostostal;
 - c. Konsorcjum Strabag;
 - d. Konsorcjum INSO
 4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
- Uzasadnienie odwołania stanowi rozwinięcie powyższych zarzutów.
- W zakresie zarzutów dotyczących IDS-BUD:

28

Odwołujący wskazał, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał udostępnienia informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Podniesiono, że Zamawiający w piśmie z dnia 31 lipca 2015 r. poinformował, że po dokonaniu analizy złożonych przez wykonawcę IDS-BUD w dniu 27 lipca 2015 r. dokumentów, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów z dnia 20 lipca 2015 r. postanowił odtajnić dokumenty zastrzeżone przez IDS-BUD jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W dniu 21 sierpnia br. Wojskowy Instytut Medyczny poinformował, iż anuluje decyzję z dnia 31 lipca 2015 r. o odtajnieniu dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa. Takie działanie Zamawiającego budzi poważne wątpliwości i powoduje naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołującemu nie zostały udostępnione wyjaśnienia i uzupełnienia złożone przez IDS-BUD podczas, gdy Zamawiający jednoznacznie stwierdził, w piśmie z dnia 31 lipca 2015r., że dokumenty nie zawierają tajemnicy przedsiębiorstwa.

Wskazano, że Zamawiający obowiązany jest do rzetelnego zweryfikowania czy zastrzeżone przez wykonawcę wyjaśnienia rzeczywiście spełniają przesłanki określone w art. 11 ust. 4 uznk do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05). Na ochronę nie zasługują te informacje, które są publicznie dostępne lub powszechnie znane, jak również - nie stanowią o przewadze konkurencyjnej Wykonawcy ani nie przedstawiają wartości gospodarczej. Podkreślić należy, iż nie jest zasadne objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentu, jedynie ze względu na fakt, iż niektóre zawarte w nim informacje potencjalnie mogą zostać uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa - wykazanie przesłanek uzasadniających zastrzeżenie konieczne jest w odniesieniu do każdej z pojedynczych informacji zawartych w przedmiotowym dokumencie. W taki również sposób, Zamawiający powinien badać zasadność dokonanego zastrzeżenia w kontekście art. 11 ust. 4 uznk (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2015 r. KIO 59/15). W zakresie zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa wykazu wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, a także wyjaśnień rażąco niskiej ceny i składanych wraz z wyjaśnieniami dowodów, aktualność zachowuje argumentacja wskazująca na konieczność wykazania spełniania wszystkich przesłanek z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w odniesieniu do każdej informacji zawartej w objętych zastrzeżeniem dokumentach. Oznacza to, iż zastrzeżeniu nie mogą podlegać:

fakt realizacji zamówienia na rzecz podmiotów publicznych, które to dane podlegają – udostępnieniu w trybie dostępu do informacji publicznej, zatem nie spełniają przesłanki ich poufności charakteru, podobnie jak jakiegokolwiek inne realizacje czy kontakty

29

handlowe, które nie są poufne i podlegają powszechnemu udostępnieniu, np. w materiałach reklamowych wykonawcy;
informacje (zawarte zarówno w wykazie, jak i dołączonych do niego dokumentach) – dotyczące właściwości (opis, termin wykonania, wartość) robót, które wykonywane były w ramach zamówienia publicznego, które jest jawne, a informacje o jego cechach są powszechnie dostępne;
informacje stanowiące potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, – gdyż elementy warunku są wspólne dla wszystkich wykonawców i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast ich ujawnienie jest istotne, ze względu na fakt, że pozwalają na ustalenie, czy wykonawca wykazał ich spełnianie w sposób przewidziany w SIWZ;
informacje zawarte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny i ofertach handlowych – podwykonawców, nie mogą w całości stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podniósł, że ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa w postaci szczegółów warunków handlowych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim będącym podmiotem prywatnym, może dotyczyć ściśle tylko tych informacji, które rzeczywiście mają charakter poufny, a w jakiś sposób mogły zostać ujawnione w treści dokumentów dołączonych do wykazu wykonanych robót, czy w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Natomiast sam fakt współpracy dwóch podmiotów, jak również informacje standardowo ujawniane w wykazie robót oraz załączonych referencjach (opis robót, odbiorca, terminy wykonania, wartość, potwierdzenie należytego wykonania), nie spełniają przesłanek uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, zarówno co do ich charakteru, wartości gospodarczej, jak i przymiotu poufności. Tym samym decyzja Zamawiającego o nieujawnieniu ww. informacji narusza

wyrażoną w art. 8 ustawy zasadę jawności postępowania.

Odwołujący podniósł następnie, że Wykonawca IDS BUD S.A. nie wykazał spełnienia warunku w posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie pkt V.1.2.1. i V.1.2.2. 2) SIWZ.

W zakresie pkt V.1.2.1. SIWZ Wykonawca, w pierwotnym wykazie, przedstawił robotę budowlaną której przedmiotem była Przebudowa budynku szpitala oraz rozbudowa istniejącego budynku dawnego Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie przy ul. Goszczyńskiego 1, dobudowa budynku z przeznaczeniem na cele szpitalne, budowa garażu podziemnego i parkingu naziemnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną. Robota została wykonana na rzecz Platinum Hospitals S.A., czyli na rzecz podmiotu, należącego do tej samej grupy kapitałowej, z którym posiada bardzo ścisłe powiązania osobowe (te same osoby lub osoby powiązane rodzinnie pełnią funkcje Członków Zarządu i Rady Nadzorczej obu spółek). Trudno zatem uwzględnić tę robotę jako

30

potwierdzenie wymaganego doświadczenia, a wystawione referencje jako potwierdzenie należytego wykonania robót.

Odwołujący wskazał, że następnie w dniu 27.07.2015 r. IDS-BUD złożył uzupełniony wykaz, w którym wskazał robotę polegającą na Rozbudowie Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (moduł C) - utworzenie ogólnopolskiego centrum kliniczno-naukowego transplantacji płuc i serca oraz leczenia mukowiscydozy u dorosłych i dzieci (zadanie 1) wraz z budową parkingów dla modułu B oraz modułu C Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (zadanie 2). Jako dowód należytego wykonania ww. roboty został przedstawiony Protokół Odbioru Końcowego, który jednak nie może stanowić potwierdzenia należytego wykonania zamówienia. Protokół zawiera szereg uwag do wykonanych robót, w tym m.in. w pkt. VIII, natomiast w ppkt 14 zawiera informację, iż niewykonanie wskazanych w protokole prac, w terminie tam wskazanym, skutkować będzie naliczaniem kar umownych i zleceniem wykonania zastępczego. Zatem do czasu wykonania ww. prac oraz usunięcia usterek wskazanych w protokole, nie może być mowy o należyтым wykonaniu zamówienia. Ponadto, w treści protokołu nie zostały zamieszczone, żadne stwierdzenia, które mogłyby być uznane za potwierdzenie należytego wykonania robót, tj. żadne stwierdzenia wartościujące. Powyższe oznacza, że przedstawiony dokument nie może być uznany za potwierdzający należyte wykonanie robót, (tak: KIO w wyroku z dnia 27 lipca 2015r. sygn. akt KIO 1320/15, KIO 1325/15, KIO 1330/15).

W zakresie pkt V.1.2.2.2) SIWZ wykonawca w pierwotnym wykazie robót w ogóle nie wskazał żadnego zrealizowanego zamówienia, na potwierdzenie spełnienia ww. warunku, przedstawiając jedynie zobowiązanie podmiotu Altis-Holding do udostępnienia zasobów. Altis-Holding został też wskazany jako podwykonawca. Uzupełniony, na wezwanie Zamawiającego, wykaz został przez IDS-BUD utajniony w części w której znajdować się powinno potwierdzenie spełnienia warunku z pkt V.1.2.2.2) SIWZ. Jak wskazano powyżej, utajnienie wykazu doświadczenia należy uznać za nieuprawnione i dokonane wyłącznie w celu uniemożliwienia zweryfikowania wskazywanego doświadczenia przez pozostałych wykonawców. Jednak Odwołujący z ostrożności podniósł, iż gdyby doświadczenie wykazywane przez Altis-Holding było niewystarczające, a uzupełniony dokument dotyczył doświadczenia innego podmiotu, to wobec oświadczenia zawartego w ofercie, iż to Altis-Holding będzie podwykonawcą w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia wykazu o doświadczenie udostępnione przez Altis-Holding, nie ma możliwości zamiany podmiotu udostępniającego zasoby na inny. Zmiana oświadczenia dotyczącego podwykonawcy skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy Pzp lub nieskutecznością takiego oświadczenia, a w konsekwencji brakiem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

31

Wykonawca nie wykazał bowiem, że dysponował zasobami na dzień składania ofert. Odwołujący przywołał stanowisko zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 21 października 2014 r. sygn. akt KIO 2079/14 „Wykonawca, który złożył dokumenty oferty bez braków i błędów - samodzielnie, lub też przy okazji innego wezwania zamawiającego - nie może zmieniać swego oświadczenia woli, uchylać się od jego skutków, chociażby było ono oparte na zobowiązaniu podmiotu trzeciego, z którego potencjału zamierza korzystać, i tylko z tych względów zamieniać dokument prawidłowy w swej treści i potwierdzający spełnienie warunku SIWZ - na dokument, do którego uzupełnienia nie był wzywany - zawierający odmienne

oświadczenia od pierwotnie złożonych w ofercie - prowadzące do zniweczenia wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, w tym przypadku firmy (...). Brak uzupełnienia przez (...) dokumentów żądanych wprost w wezwaniu zamawiającego z dnia 16.09.2014 r. przy braku zakwestionowania zasadności wezwania odwołaniem - jest równoznaczny z tym, że wiedza i doświadczenie nie zostały skutecznie udostępnione, a zatem wykonawca ECS nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu podanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i zamawiający winien go wykluczyć w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a ofertę zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznać za odrzuconą. Ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu nie jest możliwe.", oraz w wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 630/15, w którym Izba uznała, że „oświadczenie podmiotu (...) z dnia 18 marca 2015 r. nie potwierdzało okoliczności udostępnienia potencjału Odwołującemu już w dniu 12 marca 2015 r. Dla wykładni treści oświadczenia należało uwzględnić nie tylko jego treść, ale również okoliczności w jakich zostało ono złożone. (...) Powyższe wskazuje zgodnie z doświadczeniem życiowym, iż na etapie przygotowania oferty Odwołujący prowadził rozmowy z podmiotem, którego potencjał w jego przekonaniu pozwalał na złożenie ważnej oferty. Takie przekonanie towarzyszyło Odwołującemu, aż do momentu otrzymania wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, co sam przyznał w wyjaśnieniach złożonych w piśmie z dnia 18 marca 2015 r. Nie wydaje się przekonywującym, aby wykonawca działając w świadomości, iż podmiot z którego udziałem zamierzał wykonać zamówienie w charakterze podwykonawcy, poszukiwał innych możliwości pozyskania dodatkowego podwykonawcy. Sprzeczne z doświadczeniem życiowym były deklaracje Odwołującego o tym, iż przewidywał możliwość zakwestionowania potencjału (...), gdyż w takiej sytuacji racjonalnym byłoby przedstawienie w ofercie potencjału (...).”

Odwołujący podniósł następnie, że oferta IDS-BUD zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie

32

Zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 Pzp złożył wyjaśnienia i dowody, które potwierdzają rażąco niską cenę.

Na podstawie części odtajnionej wyjaśnień tj. zestawienia załączników do wyjaśnień, Odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach IDS-BUD nie zawarł ofert na wykonanie następujących elementów robót:

a. STAN SUROWY - Braki w wycenie:

- Żurawie ok. 200 000 zł
- Zbrojenie, zbrojenie odginane oraz robocizna ok. 1 210 000,00 zł
- Odwodnienie wykopu ok. 100 000,00zł
- Izolacje podziemia, przerwy robocze, dylatacje ok.350 000 zł

Łącznie braki w koszcie Stanu Surowego nie wykazane w wyjaśnieniach IDS-BUD: ok. 1 860.000 zł netto w koszcie

b. ARCHITEKTURA - Braki w wycenie:

- Roboty remontowe ok. 12 000 zł
- Roboty murowe ok. 40 000 zł
- Elewacje (piaskowiec, BSO, płyty warstwowe dachu) ok. 1 300 000,00 zł
- Fasady ok. 750 000 zł
- Żaluzje na dachu, żaluzje i rolety okienne ok. 230 000 zł
- Wylewki, podłoga ok. 430 000 zł
- Izolacje pomieszczeń mokrych ok. 12 000 zł
- Parkiet ok. 25 000 zł
- Tynki, gładzie ok. 180 000 zł
- Malowanie, w tym specjalistyczne 310 000 zł
- Wykończenie pracowni z paneli laminowanych ok. 25 000 zł
- Pochylnie na dachu - konstr. stalowa -ok. 80 000 zł - Parapety, wycieraczki ok. 40.000 zł
- Tlenownia, stacja Trafo - roboty remontowe - ok. 360.000 zł

Łącznie braki w koszcie architektury: ok. 3.800.000 zł netto

Łączny koszt brakujących elementów robót oferty w kosztach Stanu Surowego i robotach wykończeniowych wyniósł w ocenie Odwołującego ok. 5 660 000 zł netto. W ocenie Odwołującego oferta IDS-BUD została niedoszacowana na kwotę około 5,66 mln zł netto tylko w samych kosztach (bez narzutu kosztów zarządu i marży). Wskazano, że Zamawiający

poprzestał na wyjaśnieniach wykonawcy pomimo, że wyjaśnienia są niekompletne, zawierają braki wskazane powyżej, gdy tymczasem na niektóre elementy robót zawierają po kilka ofert np. Dźwigi osobowe, deskowania, mieszanki betonowe. Wynika to bezpośrednio z dokumenty

33

złożonego przez IDS-BUD pod nazwą „Zestawienie części ofert dotyczących budowy Budynku Radioterapii dla potrzeb Kliniki Onkologii WIM - nr sprawy P/077/2015/SEN/WIM/MON - 51/ZP/15”. Wyjaśnienia zostały przedstawione w sposób dalece niejasny i niewystarczający, a większą część pisma z wyjaśnieniami zajmuje treść zarzutów do Zamawiającego, który zdaniem IDS-BUD bezpodstawnie wezwał wykonawcę do wyjaśnienia czyjego oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący wskazał także, że z uwagi na fakt, iż IDS-BUD przewidział do podwykonania cały zakres robót, to winien dysponować ofertami potwierdzającymi możliwość jego wykonania za zaoferowaną cenę. Dodatkowo, Odwołujący przedstawił analizę wskaźnikową ceny oferty (Załącznik nr 1 do dowołania), w którym Odwołujący wykazuje, iż cena zaoferowana przez IDS-BUD jest zaniżona. Załączone zestawienia tabelaryczne mają na celu wykazanie, ile kosztował by 1 m2 Powierzchni Całkowitej w ofercie IDS-BUD, po odjęciu od ceny oferty elementów robót, które pojawiły się jako rozwiązania jednostkowe tzn. indywidualne dla tego projektu.

Odwołujący podniósł następnie, że oferta IDS-BUD jest niezgodna z treścią SIWZ, nie zawiera bowiem wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego. Jak zostało wskazane w punkcie powyżej, oferta IDS-BUD jest niekompletna. Oferta nie zawiera elementów wskazanych w pkt 13 powyżej, tj. STAN SUROWY (Żurawie, Zbrojenie, zbrojenie odginane oraz robocizna, Odwodnienie wykopu, Izolacje podziemia, przerwy robocze, dylatacje,) ARCHITEKTURA (Roboty remontowe, Roboty murowe, Elewacja (piaskowiec, BSO, płyty warstwowe na dachu), Fasady, Żaluzje na dachu, żaluzje i rolety okienne, Wylewki, podłóża, Izolacje pomieszczeń mokrych, Parkiet, Tynki, gładzie, Malowanie specjalistyczne, Wykończenie pracowni z paneli laminowanych, Pochylnie na dachu - konstr. stalowa, Parapety, wycieraczki, Tlenownia, stacja Trafo - roboty remontowe. Wszystkie ww. elementy były wymagane do wykonania i opisane w dokumentacji projektowej STWiOR oraz przedmiarach (załączniki nr 10,11 i 12 do SIWZ). Tym samym Odwołujący stwierdził,

że oferta

podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutów dotyczących wykonawcy Mostostal, Odwołujący wskazał, że Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

W pkt V.1.3.3 SIWZ Zamawiający postawił warunek dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, posiadającym: a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, c) minimum 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych, d) doświadczenie w pełnieniu

34

funkcji kierownika robót sanitarnych przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o wartości robót co najmniej 30 000 000 zł brutto (słownie: trzydzieści milionów złotych).

Odwołujący wskazał, że w ofercie Mostostal w pozycji 3 wykazu wskazano pana Jędrzeja Fańciszewskiego, który zgodnie z treścią wykazu legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych:

a) w okresie 11.2011-VI.2011 przy budowie Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku - zgodnie z informacjami posiadanymi przez Warbud S.A. (wykonawcę tej inwestycji), a potwierdzonymi przez wpisy dokonywane w dzienniku budowy tej inwestycji, pan Fańciszewski nie pełnił przedmiotowej funkcji. Jak wynika z wpisów w dzienniku budowy, osobą odpowiedzialną za ten zakres robót był R. P.;

b) w okresie XI.2009-XI.2010 przy budowie zbiornika wody Kiełpino wraz z przebudową przepompowni Migowo i budową magistrali łączącej zbiornik Kiełpino z gdańskim systemem wodociągowym - zgodnie z informacjami posiadanymi przez Warbud S.A. (Pełnomocnika konsorcjum tej inwestycji), a potwierdzonymi przez wpisy dokonywane w dzienniku budowy tej

inwestycji, pan F. nie pełnił przedmiotowej funkcji. Jak wynika z wpisów w dzienniku budowy, osobą odpowiedzialną za ten zakres robót był R. . oraz O. K. . Dziennik budowy stanowi, zgodnie z Prawem budowlanym, dokument urzędowy, z czym związane jest domniemanie zgodności z prawdą treści w nim zawartych.

Wskazano, że pismem z dnia 3 sierpnia oraz 13 sierpnia Odwołujący Warbud poinformował Zamawiającego o ww. okolicznościach przesyłając jednocześnie kopię dzienników budowy (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Zamawiający wezwał Mostostal do złożenia wyjaśnień ale tylko w zakresie inwestycji budowa Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku. Odwołujący argumentował następnie,

że Mostostal pismem z dnia 14 sierpnia 2015 r. potwierdził, że ww. osoba pełniła funkcję kierownika robót sanitarnych. na inwestycji budowa Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku. Powyższe oznacza, iż Mostostal złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji nie spełnił postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. kierownikiem robót sanitarnych.

Odwołujący wskazał, że w tym stanie rzeczy wykonawca Mostostal winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp

35

Następnie podniesiono, że oferta Mostostalu zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, wezwał Mostostal do złożenia wyjaśnień czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na wezwanie Mostostal złożył wyjaśnienia, które potwierdzają że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący przedstawił analizę, złożonego na wezwanie, dokumentu „Budżet kontraktu”, z którego wynika, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę.

a. Jeżeli od wartości robót działu "Instalacje elektryczne" tj. 11.344.262 zł netto odejmiemy wartość robót związanych z zasilaniem elektroenergetycznym budynku, przebudowę stacji trafo tj. wartość ok. 4.500.000 zł to pozostała wartość przeznaczona na wykonanie instalacji elektrycznych i teletechnicznych wewnętrznych tj. ok. 6.850.000 zł będzie absolutnie niewystarczająca na wykonanie tego zakresu robót zgodnie ze standardem przewidzianym w dokumentacji projektowej. Nadmienić należy, że koszt tylko jednego elementu tj. dostawy urządzeń aktywnych, przewidzianych zakresem robót dla tego kontraktu, wynosi ok. 800.000 zł a cała instalacja okablowania strukturalnego (w której wchodzi urządzenia aktywne) to koszt. ok. 2.800.000 zł, koszt dostawy opraw oświetleniowych wynosi ok. 1.100.000 zł, koszt rozdzielni elektrycznych i UPS to ok. 1.600.000 zł. W ocenie Odwołującego, niedoszacowanie w ofercie Mostostal wynosi w tej bardzo ważnej grupie robót ok. 2.500.000 zł netto po uwzględnieniu wszystkich możliwych rabatów.

b. Ponadto, „Budżet kontraktu” nie zawiera pozycji kosztowej takiej jak przesłona przeciwwfiltracyjna wykonana w technologii jet grouting, której szacunkowy koszt wynosi min. 1.200.000 zł, również kwota podana za „fundamentowanie specjalne” - należy domniemywać, że w tej wartości tj. 318.067 zł netto - mieści się zabezpieczenie wykopu palisadą jet grouting i podbicie fundamentów sąsiedniego budynku - jest zdecydowanie niewystarczająca nawet przy optymalizacji rozwiązania projektowego – której zresztą optymalizacji nie wskazał wykonawca w wyjaśnieniach.

c. Mostostal wskazał kwotę 997.498 zł netto jako przewidywany zysk oraz koszty zarządu, co stanowi ok. 2% wartości oferty. Natomiast ze sprawozdań finansowych firmy wynika, że łącznie marża oraz koszty zarządu za rok 2014 oraz i półrocze 2015 roku wynoszą odpowiednio ok. 6,57% i 7,58%. W ocenie Odwołującego powyższe stanowi zaniżanie kalkulacji, wyłącznie na potrzeby sporządzenia przedmiotowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie odzwierciedla faktycznego kosztu ponoszonego przez Wykonawcę.

36

do dowołania), w którym Odwołujący wykazywał, iż cena zaoferowana przez Mostostal jest zaniżona. Załączone zestawienia tabelaryczne miały na celu wykazanie, ile kosztował by 1 m² Powierzchni Całkowitej w ofercie Mostostal, po odjęciu od ceny oferty elementów robót, które pojawiły się jako rozwiązania jednostkowe tzn. indywidualne dla tego projektu.

Odwołujący stwierdził, że powyższe oznacza również niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Oferta Mostostalu nie zawiera bowiem przesłony przeciwfiltracyjnej wykonanej w technologii jet grouting, wymaganej do wykonania i opisanej w dokumentacji projektowej, STWiOR oraz przedmiarach (załączniki nr 10, 11 i 12 do SIWZ). Powyższe oznacza, że oferta powinna być odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących Konsorcjum Strabag, Odwołujący wskazał, na treść warunku z V.1.2.2.2) SIWZ. Podniesiono następnie, że na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum Strabag posłużyło się referencją/poświadczeniem od firmy IBA potwierdzającą wykonanie robót budowlanych przez Strabag na rzecz Instytutu Fizyki Jądrowej PAN w Krakowie. w ramach zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa Narodowego Centrum Radioterapii Hadronowej - Centrum Cyklotronowe Bronowice (etap I) oraz obiekt stanowiska Gantry wraz z infrastrukturą techniczną (etap II) zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Radzikowskiego 152”.

Podniesiono, że WARBUD S.A. zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej dotyczącej postępowania, którego dotyczyło poświadczenie dla firmy STRABAG do Zamawiającego publicznego tj. Instytutu Fizyki Jądrowej PAN im. H. Niewodniczańskiego, ul. Radzikowskiego 152, 31-342 Kraków dalej „Instytutu Fizyki Jądrowej PAN” (pismo 0/IFJ_PAN/zarz/138/15 w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego).

W dn. 30.07.2015 Instytut Fizyki Jądrowej PAN udzielił odpowiedzi (pismo ED-060-1/2015 w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Z odpowiedzi tej jednoznacznie wynika,

że wskazana robota budowlana nie potwierdza spełniania przez Konsorcjum STRABAG warunku postawionego przez Zamawiającego z uwagi na następujące okoliczności:

a. poświadczenie dla firmy STRABAG od IBA dotyczy realizacji dwóch odrębnych umów czyli dwóch odrębnych zamówień/robót. W ramach jednego z nich tj. umowy z dn. 09.08.2010 r firma STRABAG wykonała obiekt cyklotronu (jeden bunkier dla akceleratora). W ramach drugiej umowy z dn. 30.11.2011r wykonała roboty/zamówienie na obiekt GANTRY (bunkier dla urządzenia, które nie jest akceleratorem).

b. Ponieważ roboty budowlane realizowane były na podstawie dwóch oddzielnych umów (zawieranych z ponad rocznym odstępem czasowym) Wykonawca nie spełnia warunku, który

37

mówił wprost o jednej robocie budowlanej „która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum: a) dwóch bunkrów z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonych do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych”

c. ponadto, co ważniejsze - stanowisko GANTRY, które było przedmiotem drugiej umowy - nie jest akceleratorem w rozumieniu „Rozporządzenia Rady Ministrów z dn. 12 lipca 2006r. w sprawie szczegółowych warunków bezpiecznej pracy ze źródłami promieniowania jonizującego” (Dz.U. Nr 140, poz. 994). W myśl tego rozporządzenia stanowisko Gantry nie spełnia definicji akceleratora podanej w paragrafie 2 ustęp 1).

Odwołujący wskazał, że potwierdzeniem faktu, iż bunkier dla stanowiska GANTRY nie może być rozumiany jako bunkier dla akceleratora wysokoenergetycznego jest również pismo/odpowiedź Instytutu Fizyki Jądrowej PAN. Na postawione przez Warbud pytanie: „Czy w ramach przedmiotu zamówienia firma Strabag Sp. z o.o. wykonała zakres robót polegający na budowie budynku, który obejmował wykonanie: i) dwóch bunkrów z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonych do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych. (...)” Instytut Fizyki Jądrowej PAN odpowiedział: „W ramach przedmiotu zamówienia firma STRABAG sp. z o.o. zrealizowała zakres robót, który obejmował wykonanie: dwóch bunkrów z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, w tym jednego przeznaczonego do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych i jednego przeznaczonego do montażu stanowiska GANTRY.

Odwołujący wskazał, że powyższe oświadczenie Instytutu Fizyki Jądrowej PAN, stanowi jednoznaczne potwierdzenie, że tylko jeden z bunkrów spełniał wymóg postawiony przez Wojskowy Instytut Medyczny. W konsekwencji Konsorcjum STRABAG nie spełnia warunku wiedzy i doświadczenia postawionego przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł przy tym, że analogiczna sytuacja dotyczy warunku

doświadczenia postawionego dla kierownika budowy, pkt. V.1.3.1 SIWZ. Dodatkowo, Odwołujący argumentował, że w wyjaśnieniach z dnia 28 lipca 2015 r.

Konsorcjum STRABAG potwierdziło, że przedmiotowa robota spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu oraz, że oba bunkry zostały zrealizowane w ramach I Etapu, co jest sprzeczne z oświadczeniem Instytutu Fizyki Jądrowej PAN. Zatem podane informacje należy zbadać również pod względem złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji koniecznością wykluczenia Konsorcjum Strabag z postępowania również na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Wskazano, że Zamawiający został poinformowany przez Odwołującego o ww. okolicznościach pismem z dnia 13 sierpnia 2015 r. Odwołujący pokreślił, że jak wynika z dokumentów postępowania, Zamawiający zaniechał wyjaśnienia wskazywanych wątpliwości.

38

W ramach zarzutów dotyczących konsorcjum INSO, Odwołujący wskazał na warunek z pkt V.1.3.4 SIWZ, podkreślając, że w ofercie Konsorcjum INSO w pozycji 4 wykazu wskazano osobę pana M. B., który zgodnie z treścią wykazu legitymuje się doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych w okresie VIII.2008-IV.2009 przy budowie Szpitala Medcover zlokalizowanego w Warszawie Wilanów - zgodnie z informacjami posiadanymi przez Warbud S.A. (wykonawcę tej inwestycji), a potwierdzonymi przez wpisy dokonywane w dzienniku budowy tej inwestycji, pan B. nie pełnił przedmiotowej funkcji. Jak wynika z wpisów w dzienniku budowy, osobą odpowiedzialną za ten zakres robót z ramienia spółki Elektrobudowa S.A. był mgr inż. E. J. .

Podniesiono, że pismem z dnia 3 sierpnia Odwołujący Warbud poinformował Zamawiającego o ww. okolicznościach przesyłając jednocześnie kopię dziennika budowy (w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego). Zamawiający wezwał INSO do złożenia wyjaśnień. Konsorcjum INSO pismem z dnia 13 sierpnia 2015r. potwierdziło, iż p. M. B. pełnił funkcję kierownika robót elektrycznych na wskazanej inwestycji. Powyższe oznacza, iż Konsorcjum INSO złożyło nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji nie spełniło postawionych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. kierownikiem robót elektrycznych. Gdyby bowiem pominąć inwestycję polegającą na budowie Szpitala Medcover zlokalizowanego w Warszawie Wilanów w doświadczeniu wskazywanym przez p. M. B., to osobie tej brakuje doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o wartości robót co najmniej 30 000 000 zł brutto.

Odwołujący stwierdził, że w tym stanie rzeczy Konsorcjum INSO winno być wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp.

Sygn. akt KIO 1903/15

W dniu 31 sierpnia 2015 r., Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Strabag Sp. z o.o., 2) Ed. Zueblin AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (dalej: konsorcjum Strabag) – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając Zamawiającemu, że dokonany przez niego wybór oferty IDS - BUD S.A. został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.:

39

-
1. art. 8 ust. 3 Ustawy PZP - poprzez uznanie przez Zamawiającego za skutecznie zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dokonane przez wykonawcę IDS - BUD S.A., złożonych wraz z ofertą i uzupełnionych pismem z dnia 27 lipca 2015 roku dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia opisanych pkt V. 1.2.2 SIWZ, w sytuacji gdy wykonawca ten zaniechał wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w efekcie Zamawiający naruszył także zasadę jawności postępowania,
 2. art. 7 ust. 1 Ustawy PZP - poprzez prowadzenie postępowania z niezachowaniem uczciwej konkurencji poprzez odmowę udostępnienia Odwołującemu wglądu do

złożonych w postępowaniu przez wykonawcę IDS - BUD S.A. dokumentów, co do których wykonawca ten nie dokonał w sposób skuteczny zastrzeżenia, iż stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa i w konsekwencji uniemożliwił poddanie weryfikacji zasadności swojej decyzji o uznaniu tego wykonawcy za nie podlegającego wykluczeniu oraz decyzji o wyborze jego oferty,

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy IDS - BUD S.A. z uwagi na nie wykazanie spełniania przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie V. 1.2.2 SIWZ, w sytuacji gdy wykonawca ten był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy PZP do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełniania tego warunku, lecz wezwania tego nie wykonał - a zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa przez wykonawcę IDS - BUD S.A. dokumenty nie potwierdzałyby spełniania w/w warunku opisanego w punkcie V. 1.2.2 SIWZ
4. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy IDS - BUD S.A. z uwagi na niewykazanie spełniania przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego treścią punktu VI. 1.5 SIWZ dotyczącego złożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Złożona w postępowaniu polisa ubezpieczeniowa bez dowodu jej opłacenia została uznana przez Zamawiającego za dowód spełniania warunku posiadania opłaconego ubezpieczenia.
5. art. 24 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 25 ust. 1 Ustawy PZP w zw. z § 3 ust. 1 pkt 5) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów

40

dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy IDS - BUD S.A. z uwagi na niewykazanie niekaralności urzędujących członków zarządu tego podmiotu, tj. Pana P. G., Pana G. M. T., Pana K. M. K.

6. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. z uwagi na nie wykazanie spełniania przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie V.I.3.3. SIWZ dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia (kierownika robót sanitarnych), w sytuacji gdy przedstawione przez tego wykonawcę na wezwanie w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy PZP wyjaśnienia dotyczące osoby Pana J. F. nie pozwalają na uznanie, iż wyjaśnione zostały przedstawione w wezwaniu wątpliwości Zamawiającego,
7. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. z uwagi na nie wykazanie spełniania przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w punkcie V.I.3.2. SIWZ dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia (kierownika robót budowlanych), w sytuacji gdy przedstawiona przez tego wykonawcę osoba Pana J. K. posiada w swoim wykazie w pozycji dotyczącej budowy Śląskiego Ośrodka Kardiologii w Katowicach „wartość inwestycji 62.992.177,80zł” podczas gdy zamawiający zgodnie z punktem V.1.3.2 SIWZ żądał podania wartości robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 50.000.000zł. Podana przez tego wykonawcę wartość nie została przez Zamawiającego wyjaśniona, w efekcie tego w chwili obecnej z treści oferty nie wynika aby warunek wartości robót budowlanych dla kierownika robót budowlanych był spełniony. Wartość inwestycji zawsze obejmuje koszt wykonania robót budowlanych i instalacji (z zakupem) wyposażenia. Brak jest podstaw aby uznać że w podanej wartości inwestycji wartość robót budowlanych stanowiła wymaganą kwotę 50.000.000zł.,
8. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wykonawcy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. z uwagi na nie wykazanie spełniania przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie V. 1.2.2 SIWZ, w sytuacji gdy wykonawca

ten zamierzał wykazać spełnianie tego warunku poprzez powołanie się na zasadzie art. 26 ust. 2b Ustawy PZP na zasoby Acciona Infraestructuras S.A., która przedstawiła w zakresie roboty polegającej na budowie budynku „Hospital San Juan De Dios de

41

Cordoba” (pkt 2 wykazu robót) poświadczenie jej wykonania z września 2014 roku podpisane przez A. R. A. - pracownika Acciona Infraestructuras S.A. a więc poświadczenie wykonania robót wystawione przez ich wykonawcę samemu sobie.

Pismem z dnia 7 września 2015 r., Odwołujący cofnął zarzuty z pkt 4 i 5.

Odwołujący wniósł uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty IDS - BUD S.A. jako najkorzystniejszej,
2. odtajnienia złożonych przez IDS - BUD S.A. w postępowaniu dokumentów co do których wykonawca ten zaniechał wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
3. powtórzenia czynności oceny i badania ofert,
4. wykluczenia IDS - BUD S.A. z postępowania,
5. wykluczenia Mostostal Warszawa S.A. z postępowania,
6. dokonania ponownego wyboru ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł następujące kwestie:

W odniesieniu do oferty wykonawcy IDS-BUD:

Odwołujący wskazał, że przepis art. 8 Ustawy PZP jest emanacją podstawowej zasady udzielania zamówień publicznych, którą jest jawność postępowania. Podstawowym wyjątkiem od zasady jawności jest przewidziane w art. 8 ust. 3 wyłączenie udostępniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Po definicję tego pojęcia Prawo zamówień publicznych odsyła do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ta w art. 11 ust. 4 określa, iż przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do publicznej wiadomości informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje mające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. W postępowaniu o zamówienie publiczne podjęcie niezbędnych działań polega na zastrzeżeniu elementów oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jako niepodlegających udostępnieniu. Zastrzeżenie to może być uczynione w dowolny sposób, ale wystarczająco wyraźny co do woli oraz jednoznaczny co do zakresu oferty lub wniosku, który podlega zastrzeżeniu. Drugim elementem podjętych niezbędnych działań jest wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykazanie to powinno nastąpić wraz z zastrzeżeniem.

Dla skutecznej ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa niewystarczające jest dokonanie zastrzeżenia tych informacji. Obok samego zastrzeżenia musi znaleźć się też wykazanie, że informacje te rzeczywiście stanowią taką tajemnicę, że

42

posiadają określoną wartość gospodarczą i w związku z tym wymagają ochrony. Inaczej mówiąc, do zastrzeżenia powinno być dołączone uzasadnienie wyjaśniające, dlaczego wykonawca zastrzega konkretne informacje. Uzasadnienie to podlega ocenie, więc powinno w sposób wyczerpujący i przekonujący podać przyczyny ochrony określonych informacji.

Tymczasem złożone w postępowaniu przez wykonawcę IDS - BUD S.A. dokumenty, w szczególności dotyczące spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w punkcie V 1.2.2 SIWZ zostały w całości zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa - bez przedstawienia w tym zakresie jakiegokolwiek wyjaśnienia, czy też jak wymaga ustawodawca - wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią rzeczywiście tajemnicę przedsiębiorstwa. Tymczasem Zamawiający zastrzeżone tak przez IDS - BUD S.A. dokumenty (złożone na potwierdzenie spełniania m.in. warunku udziału z punktu V. 1.2.2 SIWZ) uznał za skutecznie objęte ochroną i odmówił Odwołującemu i innym wykonawcom do nich wglądu.

Wobec powyższego oczywiste jest, iż Zamawiający w sposób błędny dokonał oceny skuteczności zastrzeżenia przez wykonawcę IDS - BUD S.A. informacji zawartych w złożonych przez niego dokumentach jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, potwierdza to również wskazane poniżej, jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej – por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 7 kwietnia

2015 r. (KIO 568/15; KIO 570/15).

Wskazano, że wykonawca, aby skutecznie zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do konkretnych informacji powinien, jednocześnie wraz ze złożeniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 9 kwietnia 2015 r. (KIO 638/15).

Na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania już na etapie składania zastrzeżonych informacji, spełnienia wszystkich przesłanek wymienionych w przepisie art. 11 ust. 4 u.z.n.k. Konieczne jest zatem określenie rodzaju informacji oraz wykazanie, iż posiada ona dla wykonawcy wartość gospodarczą, a także wykazanie, iż wykonawca podjął działania mające na celu zachowanie poufności takiej informacji (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 kwietnia 2015 r. KIO 636/15).

Już w momencie zastrzegania informacji wykonawca musi wykazać, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym (poza ewentualnymi szczególnymi sytuacjami), zamawiający nie musi już prowadzić postępowania wyjaśniającego w tym zakresie, lecz ocenia przedstawione mu uzasadnienie wykonawcy pod kątem tego, czy wykazał on to, co powinien wykazać.

43

Ponieważ z akt postępowania nie wynika aby Wykonawca IDS - BUD S.A. w jakikolwiek sposób wyjaśnił dlaczego dokonał zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w stosunku do złożonych w postępowaniu dokumentów, Zamawiający nie miał możliwości oceny czy rzeczywiście zasługują one na ochronę, pomimo to, zaniechał ich odtajnienia. Brak przewidzianego art. 8 ust. 3 Ustawy PZP uzasadnienia dla objęcia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa obciąża wykonawcę dokonującego jej zastrzeżenia, to ten wykonawca pozostawiając zastrzeżenie tajemnicy bez wymaganego przepisami wyjaśnienia nie dokłada starań aby pozostały one niejawne, ponosząc samodzielnie ryzyko ich ujawnienia.

Wskazano, że Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2015 roku zwrócił się do Wykonawcy IDS - BUD S.A. o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, iż w toku badania oferty Zamawiający ustalił, iż:

1. dołączony do oferty wykaz robót budowlanych nie zawiera roboty budowlanej odpowiadającej wymaganiom określonym w pkt V. 1.2.2. SIWZ,
2. w ofercie brak jest dowodów określających, czy roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - dotyczy roboty budowlanej odpowiadającej wymaganiom określonym w pkt V. 1.2.2. SIWZ.

W odpowiedzi wykonawca IDS - BUD S.A. w piśmie z dnia 27 lipca 2015 roku, jak wskazał w jego treści, dokonał uzupełnienia wykazu robót wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty te zostały należycie wykonane, jednocześnie zastrzegając anonimowe załączniki nr 3,4 oraz 5 jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Zastrzeżenie to zostało dokonane bez wymaganego przepisem art. 8 ust. 3 Ustawy PZP wyjaśnienia.

Podniesiono, że uczestnicy postępowania, w tym Odwołujący nie poznali nie tylko pełnej treści uzupełnienia ale także nie wiedzą na potwierdzenie jakiego warunku uzupełnienie to zostało złożone w części objętej zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrudnia to w sposób istoty uczciwą konkurencję, gdyż uniemożliwia przeprowadzenie podstawowej weryfikacji czynności zamawiającego, tj. choćby ustalenia czy dokonał on wyboru wykonawcy po złożeniu przez niego dokumentów czy też bez ich otrzymania.

Argumentowano następnie, że uczestnicy postępowania nie są w stanie zweryfikować czy wykonawca IDS - BUD S.A. wykazał spełnienie opisanego w punkcie V. 1.2.2 SIWZ warunku udziału, ponieważ nie zostały im ujawnione jakiegokolwiek informacje pozwalające ustalić, czy i w jakikolwiek sposób wykonawca ten choćby podjął próbę wykazania jego spełnienia. Nie została uczestnikom postępowania udzielona informacja, czy wykonawca ten zadeklarował wykonanie jakiegokolwiek budynku na spełnienie wyżej wskazanego warunku udziału z punktu V. 1.2.2 SIWZ. Jest to tym bardziej niezrozumiałe, iż zgodnie z np. zgodnie z

44

zawierającego dane dotyczące bezpieczeństwa pracy i ochrony zdrowia.

§ 13. 1. Tablica informacyjna zawiera:

- 1) określenie rodzaju robót budowlanych oraz adres prowadzenia tych robót,
- 2) numer pozwolenia na budowę oraz nazwę, adres i numer telefonu właściwego organu nadzoru budowlanego,
- 3) imię i nazwisko lub nazwę (firmę), adres oraz numer telefonu inwestora,
- 4) imię i nazwisko lub nazwę (firmę), adres i numer telefonu wykonawcy lub wykonawców robót budowlanych,
- 5) imiona, nazwiska, adresy i numery telefonów:
 - a) kierownika budowy,
 - b) kierowników robót,
 - c) inspektora nadzoru inwestorskiego,
 - d) projektantów,
- 6) numery telefonów alarmowych Policji, straży pożarnej, pogotowia,
- 7) numer telefonu okręgowego inspektora pracy.

Zatem wszelkie podstawowe informacje dotyczące faktu prowadzenia robót a także podmiotów w nich uczestniczących są jawne i nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa. Reasumując, okazane uczestnikom postępowania, w tym Odwołującemu, złożone w postępowaniu przez IDS - BUD S.A. dokumenty nie potwierdzają spełniania opisanego w punkcie V. 1.2.2 SIWZ warunku udziału, w szczególności nie potwierdzają jego spełniania wykazane w uzupełnionym piśmie z dnia 27 lipca 2015 roku wykazie robót budowlanych:

1. „Przebudowa budynku szpitala oraz rozbudowa istniejącego budynku dawnego Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie (...)” - poz. Nr 1 wykazu, 2. „Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (moduł - C) (...)” - poz. Nr 2 wykazu,

jako, że nie obejmują one budowy dwóch bunkrów z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonych do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych. Wobec czego uzasadniony jest zarzut zaniechania wykluczenia tego wykonawcy na podst. art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy PZP.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Mostostal, Odwołujący wskazał, że wykonawca MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. na potwierdzenie spełniania warunku udziału określonego w punkcie V.1.3.3. SIWZ dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia (kierownika

45

robót sanitarnych) miał obowiązek wykazania, iż przedstawiony przez niego w ofercie kandydat legitymuje się 5 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych. Przedstawiona w ofercie osoba Pana J. F. wzbudziła wątpliwości Zamawiającego co do pełnienia tej funkcji w ramach inwestycji Budowa sieci sanitarnych na budowie Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku, wątpliwości te zostały wyartykułowane w piśmie z dnia 12 sierpnia 2015 roku. MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. w piśmie z dnia 14 sierpnia 2015 roku złożył wyjaśnienia potwierdzające, iż w/w osoba pełniła funkcję kierownika robót sanitarnych - działając z ramienia firmy podwykonawczej Korpos sp. z o.o. Okoliczność tą MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. zamierzał udowodnić załączonym do wyjaśnień oświadczeniem Pana M. J. (kierownika w/w budowy), lecz treść rzeczzonego oświadczenia nie potwierdza wyrażonego w wyjaśnieniach stanowiska wykonawcy. Frazę: pracował na ww. budowie jako pracownik firmy Korpos sp. z o.o. (...) na stanowisku kierownika robót sanitarnych z ramienia tej firmy nie można utożsamiać z pełnieniem funkcji kierownika robót sanitarnych, czego wymagał zamawiający. Brak jest podstaw kwestionować prawdziwość oświadczenia Pana M. J., tak samo brak jest podstaw aby odczytywać z niego treść w nim nie zawartą, tj. o rzekomym pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych, a nie tylko pozostawaniu w zatrudnieniu na takim stanowisku (nazwa etatu). Doświadczenie życiowe dowodzi, iż wiele firm budowlanych stosuje w nazwach etatów pracowników nazewnictwo stosowane w prawie budowlanym, lecz sam fakt pozostawania w zatrudnieniu na stanowisku kierownika robót i pracy na inwestycji z takim angażem nie oznacza pełnienia funkcji kierownika robót w rozumieniu prawa budowlanego, które reguluje proces inwestycyjny (art. 17 pkt 4 ustawy Prawo budowlane). Zgodnie z § 6 ust. 2 ROZPORZĄDZENIA MINISTRA INFRASTRUKTURY W SPRAWIE DZIENNIKA BUDOWY, MONTAŻU I ROZBIÓRKI, TABLICY INFORMACYJNEJ ORAZ OGŁOSZENIA ZAWIERAJĄCEGO DANE DOTYCZĄCE BEZPIECZEŃSTWA PRACY I OCHRONY ZDROWIA z dnia 26 czerwca 2002 r. Na pierwszej stronie dziennika budowy

inwestor zamieszcza imię i nazwisko lub nazwę ("firmę") wykonawcy lub wykonawców oraz osób sprawujących kierownictwo budowy i robót budowlanych, nadzór autorski i inwestorski, podając ich specjalności i numery uprawnień budowlanych. Osoby te potwierdzają podpisem i datą przyjęcie powierzonych im obowiązków.

Skoro zgodnie ze znajdującym się w aktach postępowania Dziennikiem Budowy nr 925/2004 dot. budowy Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku w rubryce „C. Kierownicy robót” brak jest osoby Pana J. F. oznacza, iż osoba ta nie pełniła na tej inwestycji funkcji kierownika robót. Bez znaczenia pozostają tu wyjaśnienia wykonawcy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A., iż osoba ta była kierownikiem robót, pomimo iż nie została do dziennika budowy wpisana. Jaki byłby zakres zadań i odpowiedzialności „kierownika robót sanitarnych”,

46

którego pominięto w dokumencie urzędowym a co za tym idzie niezaakceptowanego przez inwestora. W związku z brakiem wpisu do dziennika budowy p. J. F. brak jest podstaw do uznania, iż osoba ta odpowiedzialność za pełnienie funkcji kierownika robót przyjęła.

W efekcie tych braków, nie można uznać, iż p. J. F. zdobył na w/w inwestycji wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, co obligowało Zamawiającego do wykluczenia wykonawcy MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. z postępowania.

Wskazano następnie, że MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. na potwierdzenie spełniania warunku udziału określonego w punkcie V.1.3.2. SIWZ dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia (kierownika robót budowlanych), przedstawił osobę Pana J. K. posiadającego w swoim wykazie w pozycji dotyczącej budowy Śląskiego Ośrodka Kardiologii w Katowicach „wartość inwestycji 62.992.177,80zł brutto”, podczas gdy zamawiający zgodnie z punktem V. 1.3.2 SIWZ żądał podania wartości robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 50.000.000zł brutto. Podana przez tego wykonawcę wartość nie została przez Zamawiającego wyjaśniona, w efekcie tego w chwili obecnej z treści oferty nie wynika aby warunek wartości robót budowlanych dla kierownika robót budowlanych był spełniony. Wartość inwestycji zawsze obejmuje koszt wykonania robót budowlanych i instalacji (z zakupem) wyposażenia. Brak jest podstaw aby uznać że w podanej wartości inwestycji wartość robót budowlanych stanowiła wymaganą treścią SIWZ kwotę 50.000.000zł brutto.

Odwołujący podniósł również, że wykonawca MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. na potwierdzenie spełniania warunku udziału określonego w punkcie V. 1.2.2 SIWZ przedstawił zobowiązanie Acciona Infraestructuras S.A. do udzielenia zasobu wiedzy i doświadczenia, który realizował prace polegające na budowie budynku „Hospital San Juan De Dios de Cordoba” (pkt 2 wykazu robót). W uzupełnionym na wezwanie zamawiającego zobowiązaniu (z dnia 2 lipca 2015 roku), podmiot trzeci udostępnia zasób wiedzy i doświadczenia w postaci skierowania do pracy osób, w tym m.in. Pana A. R. A., tj. osoby, która wydała w wrześniu 2014 roku poświadczenie należytego wykonania w/w roboty („Certyfikat z 09.2014”), w efekcie należy przyjąć, iż podmiot udostępniający MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. w/w zasób wiedzy i doświadczenia dokonał samodzielnie, samemu sobie potwierdzenia należytego wykonania prac. Poświadczenie wykonania roboty nie może nastąpić przez podmiot, który sam wykonywał prace i następnie je od siebie odbierał. Tak był jednak w tym przypadku. A. R. A. był osobą odbierającą od Acciona Infraestructuras S.A. (poświadczającą ich należyte wykonanie) oraz osobą prace te w ramach Acciona Infraestructuras S.A. wykonującą. Nie ma zatem podstaw aby uznać za zamawiającym, że Wykonawca MOSTOSTAL WARSZAWA S.A. przedstawił poświadczenie należytego wykonania prac w zakresie spełniania warunku udziału określonego w punkcie V. 1.2.2 SIWZ dla budynku „Hospital San Juan De Dios de Cordoba”.

47

Dodatkowo, należy wskazać, iż poświadczenie wykonania prac nie zawiera jakichkolwiek informacji o rodzaju i zakresie ich wykonania, w tym czy jakiegokolwiek elementy z treści warunku V. 1.2.2 SIWZ zostały w ramach budowy budynku „Hospital San Juan De Dios de Cordoba” wykonane.

Pismem z dnia 10 września 2015 r., Zamawiający oświadczył o uwzględnieniu w całości wszystkich odwołań (sygn. akt KIO 1882/15, KIO 1900/15, KIO 1903/15).

Przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłosili następujący wykonawcy:
IDS-BUD S.A., ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa, zgłaszającej przystąpienie do –

postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1882/15, KIO 1900/15, KIO 1903/15, po stronie Zamawiającego;
Warbud S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa, zgłaszającej przystąpienie do – postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1882/15, KIO 1903/15, po stronie Odwołującego;
Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa, zgłaszającej – przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1900/15, KIO 1903/15, po stronie Zamawiającego;
wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Strabag Sp. z o.o., 2) Ed. Zueblin AG, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1900/15, po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu w charakterze uczestników.

Pismem z dnia 11 września 2015 r., wykonawca IDS-BUD wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości wszystkich odwołań.

W odniesieniu do odwołania o sygn. akt KIO 1882/15, Przystępujący IDS-BUD podniósł w pierwszej kolejności, że Odwołujący Mostostal powinien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 w zw. z art. 182 ust. 6 Pzp, w związku z powyższym nie przysługują mu środki ochrony prawnej. Przystępujący IDS-BUD wskazał, że w dniu 26 sierpnia 2015 r., Zamawiający zwrócił się do wykonawców z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. W dniu 28 sierpnia Mostostal złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 31 października 2015 r. Natomiast termin ten

48

powinien zostać wydłużony, co najmniej do 14 listopada 2015 r., gdyż bieg terminu związania ofertą, który pierwotnie miałby upłynąć w dniu 30 sierpnia 2015 r. w związku z wniesieniem odwołania w dniu 24 lipca 2015 r. uległ zawieszeniu na podstawie art. 182 ust. 6 Pzp do dnia 7 sierpnia 2015 r.

Odnosząc się do zarzutów Odwołania, Przystępujący IDS-BUD wskazał m.in., że bez znaczenia pozostaje fakt, czy Zamawiający obliczył kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia z zastosowaniem preferencyjnej stawki podatku VAT. Korzystanie bowiem ze stawek preferencyjnych jest uprawnieniem a nie obowiązkiem podatnika. To na wykonawcy spoczywa przede wszystkim obowiązek samodzielnego ustalenia stawki podatku VAT. Zastosowanie stawki preferencyjnej VAT jest uprawnieniem a nie obowiązkiem. W związku z powyższym to wykonawca podejmuje decyzję, czy z takiej możliwości zamierza skorzystać. Podkreślono następnie, że w przypadku tego postępowania Przystępujący był uprawniony do zastosowania stawki preferencyjnej podatku VAT, gdyż przedmiot zamówienia obejmuje m.in. wykonanie instalacji gazów medycznych.

Odnosnie spełnienia warunku z pkt V.1.2.1 SIWZ, Przystępujący wskazał, że sam fakt dodania kolejnego zadania, w żaden sposób nie powinien budzić wątpliwości Zamawiającego, co do rzeczywistego spełnienia warunków przez wskazaną pierwotnie inwestycję. Żadne przepisy nie zabraniają też wykonawcy samodzielnego uzupełnienia wykazu.

Wskazano następnie, że w szczegółowej specyfikacji technicznej STE 02.00 montaż instalacji niskoprądowych, stanowiącej załącznik nr 8b do STWiOR dla zadania „Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu” zostało wskazane, że dokument ten dotyczy wykonania m.in. systemu telewizji dozorowanej.

Podkreślono także, że Przystępujący wykazał uprawnienie do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Ponadto argumentowano, że zarzuty dotyczące samej treści zobowiązania, w związku z uzupełnieniem dokonany przez Przystępującego, są nieaktualne. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego kierownika budowy, Przystępujący wskazał, iż brak słowa „wysokoenergetycznych” wynika z omyłki. Sam brak niewskazania danego słowa nie powoduje, że wskazania inwestycja nie spełnia wymogów Zamawiającego oraz nie przesądza, iż Zamawiający nie był w stanie obiektywnie zweryfikować doświadczenia zawodowego wykazanego w ofercie kierownika budowy.

Odnosnie odwołania konsorcjum Strabag (sygn. akt KIO 1903/15), Przystępujący IDS-BUD wskazał m.in. że wykazał w sposób właściwy i we właściwym terminie podstawy objęcie dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa.

przedsiębiorstwa, jak również wskazał, że przytoczone przez Warbud argumenty dotyczą inwestycji publicznych, realizowanych w ramach zamówienia publicznego. Podkreślono także, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, ani nawet nie uprawdopodobnił, że wystawione referencje nie są zgodne ze stanem faktycznym, bądź potwierdzają nieprawdę. Nie wykazano również braku możliwości wystawienia referencji przez spółkę należącą do grupy kapitałowej. Argumentowano także, że ze złożonego protokołu prac komisji odbiorowej wynika, że obiekt został przejęty przez Zamawiającego. Punkt VIII protokołu wskazuje jedynie na inne ustalenia, a nie wady. Przystępujący zakwestionował także twierdzenia Odwołującego, że wobec oświadczenia zawartego w ofercie nie miał możliwości zamiany podmiotu udostępniającego zasoby na inny. Podkreślono, że sporny dokument, tj. informacja o podwykonawstwie, stanowi załącznik nr 4 do oferty, tzn. wykonawcy nie musieli składać oświadczenia o podwykonawstwie w samym formularzu oferty. O ile można by było uznać, że zmiana oświadczenia w zakresie przewidywania powierzenia podwykonawcom realizacji zamówienia części lub całości przedmiotu zamówienia mogłaby stanowić zmianę oferty, tak rozciąganie tego na potencjalną zmianę podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, jest zbyt daleko idące. Przede wszystkim wyłączałoby to dopuszczalne świetle ustawy Pzp uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący odwołał się także do art. 36b ust. 2 Pzp. Przystępujący wskazał następnie, że zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny nie zostało w żaden sposób udowodniony. Nie można także ustalić, z czego Odwołujący wywiódł, że Przystępujący nie zawarł w swojej ofercie wskazanych w punkcie 13 uzasadnienia odwołania elementów.

Przystępujący konsorcjum Strabag, pismem z dnia 11 września 2015 r., wniósł sprzeciw wobec uznania przez Zamawiającego odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że odwołanie o sygn. akt KIO 1900/15, obejmuje w zakresie zarzutów i wniosków błędną ocenę spełniania przez konsorcjum Strabag warunków udziału w postępowaniu, a także zarzut złożenia nieprawdziwych informacji w tym zakresie. Uznanie w całości zarzutów odwołania Warbud S.A. przez Zamawiającego stanowi nieuzasadnioną zmianę oceny oferty uczestnika postępowania i jest jednocześnie zapowiedzią nieuzasadnionego jego wykluczenia.

Przystępujący Mostostal, w sprawie o sygn. akt KIO 1900/15, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W złożonym piśmie procesowym Przystępujący Mostostal podniósł m.in.:

Odnośnie zarzutu dotyczącego funkcji kierownika robót sanitarnych wskazano, że postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnosi się tylko i

wyłącznie do nabycia przez osobę faktycznego doświadczenia zawodowego. Dla Zamawiającego nie było natomiast istotne to, aby ta osoba była wpisana do dziennika budowy. Gdyby taka była intencja Zamawiającego to wskazałby to wyraźnie w opisie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu. Podkreślono także z przepisów ustawy Prawo budowlane i aktów wykonawczych nie wynika to, że aby faktycznie kierować robotami budowlanymi w danej branży warunkiem koniecznym jest to, aby osoba ta była wpisana do dziennika budowy. Sam brak wpisu nie może żadną miarą negować doświadczenia określonej osoby, która pomimo braku formalnego wpisu wykonywała faktycznie czynności w kierowaniu robotami z branży wodociągowo-kanalizacyjnej. Podkreślono także, że Przystępujący złożył stosowne wyjaśnienia w zakresie ceny oferty. Wskazano przy tym, że wyliczenia Odwołującego w żaden sposób nie mogą być uznane za wiążące, są one własnymi wyliczeniami Odwołującego i nie mogą stanowić punktu odniesienia do zaproponowanych przez Przystępującego cen. Zakwestionowano także twierdzenia Odwołującego o braku wyceny niektórych elementów zamówienia.

Przystępujący Mostostal, w sprawie o sygn. akt KIO 1903/15, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania.

W piśmie procesowym z dnia 14 września 2015 r., Przystępujący powtórzył

argumentację dotyczącą pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych. Wskazano następnie, że wskazana w wykazie wartość inwestycji w wysokości 62.992.177,80 zł brutto jest wartością odpowiadającą wartości wykonanych robót budowlanych. Podkreślono, że w zakres budowy nie wchodziły dostawy i montaż sprzętu (wyposażenia), jak zdaje się to sugerować Odwołujący. W kwestii zarzutu dotyczącego zadania – budowa Hospital San Juan De Dios de Cordoba, argumentowano, że Przystępujący udowodnił potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przy pomocy protokołu odbioru. Usterki wymienione w protokole nie oznaczają,

że z uwagi na taką okoliczność nie może on potwierdzać faktu, że roboty te zostały wykonane i prawidłowo ukończone oraz wskazywać wykonanie tych robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Protokół potwierdza przede wszystkim, że roboty zostały przez inwestor odebrane, co oznacza, iż wierzyciel przyjął świadczenie od dłużnika. Wskazano, że orzecznictwo KIO nie pozbawia waloru poświadczenia w stosunku do protokołów odbioru, które zawierają usterki. Usuwanie usterek jest normalną praktyką po dokonaniu odbioru i nie oznacza nienależytego wykonania danej roboty.

Na rozprawie strony i uczestnicy postępowania podtrzymali swoje stanowiska.

51

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając wniesione odwołania Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołań, a wszyscy Odwołujący posiadają legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego IDS-BUD w sprawie o sygn. akt KIO 1882/15 o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Przystępujący upatrywał podstaw do uznania Odwołującego za podmiot nieuprawniony w twierdzeniach o nieprawidłowym przedłużeniu terminu związania ofertą. Izba krytycznie oceniła te twierdzenia. Z akt sprawy wynika, że Przystępujący przedłużył termin związania ofertą stosownie do wymogów Zamawiającego i zgodnie z przepisami prawa. Ponadto, okolicznością pozostająca poza wszelkimi wątpliwościami było to, że Odwołujący posiadał na moment wniesienia odwołania (jak i nadal posiada) status wykonawcy. Jest więc niewątpliwie podmiotem uprawnionym do korzystania ze środków ochrony prawnej. Dodatkowo, na moment wniesienia odwołania Przystępujący pozostawał jeszcze związany ofertą z mocy samego pierwotnego oświadczenia.

Rozpoznając odwołania Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania, Izba uznała, że:

- I. wszystkie odwołania zasługują na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odtajnienia treści dokumentów złożonych przez IDS-BUD w dniu 27 lipca 2015 r. (za wyjątkiem informacji identyfikujących podmiot udostępniający zasoby),**
- II. odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1882/15 zasługuje ponadto na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego wykazania spełnienia przez wykonawcę IDS-BUD S.A warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1.3.1. SIWZ – przy czym Izba nie uznała, by na tym etapie**

52

postępowania zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy, lecz stwierdziła konieczność wyjaśnienia wątpliwości zaistniałych w zakresie spełnienia ww. warunku,

- III. odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1900/15 zasługuje ponadto na**

uwzględnienie:

- a. w zakresie zarzutu zaniechania odtajnienia pozostałej treści wyjaśnień z dnia 22 lipca 2015 r. złożonych przez wykonawcę IDS-BUD S.A. oraz odtajnienie załączników nr 1.1. do 4.13, złożonych wraz z tymi wyjaśnieniami, za wyjątkiem informacji dotyczących cen przedstawionych ofert,
- b. w zakresie zarzutu dotyczącego wykazania spełnienia przez wykonawcę Mostostal warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V pkt 1.3.3. SIWZ – przy czym Izba nie uznała, by na tym etapie postępowania zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy, lecz stwierdziła konieczność wyjaśnienia wątpliwości zaistniałych w zakresie spełnienia ww. warunku – jedynie w części dotyczącej pełnienia, przez osobę wskazaną w Wykazie osób, funkcji kierownika robót sanitarnych na inwestycji dotyczącej budowy zbiornika wody Kiełpino wraz z przebudową przepompowni Migowo i budową magistrali łączącej zbiornik Kiełpino z gdańskim systemem wodociągowym,
- c. w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali S.p.A., 2) NDI S.A., 3) Ergon Projects Limited, na podstawie art. 22 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,
- d. w zakresie zarzutu dotyczącego wykazania spełnienia przez wykonawcę konsorcjum Strabag warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale V pkt 1.2.2. ppkt 2 SIWZ oraz w rozdziale V pkt 1.3.1 SIWZ - przy czym Izba nie uznała, by na tym etapie postępowania zaistniały przesłanki do wykluczenia wykonawcy, lecz stwierdziła konieczność wyjaśnienia wątpliwości zaistniałych w zakresie spełnienia ww. warunku

Potwierdzone w postępowaniu odwoławczym naruszenia przepisów ustawy Pzp mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zostały więc spełnione przesłanki z art. 192 ust. 2 Pzp. Samo naruszenie zasady jawności postępowania, będącej fundamentalną regułą prowadzenia postępowań o udzielenie zamówień publicznych, stanowi wystarczającą przesłankę do uznania, że wypełniona została dyspozycja ww. przepisu.

53

W zakresie zarzutów uwzględnionych

Wykonawca IDS-BUD w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 lipca 2015 r. uzupełnił wykaz robót budowlanych, wraz z dowodami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – w części dotyczącej warunku z pkt V.1.2.2 ppkt 2) SIWZ. Zamawiający wymagał wykazania wykonania jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum: a) dwóch bunkrów z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonych do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych, b) robót konstrukcyjnych, c) robót ogólnobudowlanych, d) robót elektrycznych i instalacji teletechnicznych tj. sygnalizacji pożaru, strukturalnej, przyzywowej, kontroli dostępu, RTV, telewizji dozorowej CCTV, e) robót sanitarnych, w tym: wodno-kanalizacyjnych, centralnego ogrzewania, ciepła technologicznego, chłodu, wentylacji i klimatyzacji oraz certyfikowanej jako wyrób medyczny instalacji gazów medycznych, o wartości nie mniejszej niż 30 000 000,00 złotych brutto (słownie: trzydzieści milionów złotych), wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie.

Wykonawca IDS-BUD wraz z uzupełnieniem ww. dokumentów złożył również zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów.

W ocenie Izby, wykonawca IDS-BUD w złożonych wyjaśnieniach, przy zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa, wykazał że jedynie dane dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby korzystają w tym przypadku z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. Wykonawca złożył w tym zakresie rzeczowe wyjaśnienia i uzasadnienie. Oceny tej nie zmienia okoliczność późniejszego dostania porozumienia zawartego z podmiotem udostępniającym zasoby. Argumenty świadczące o istnieniu tego porozumienia, jak również o zachowaniu tej okoliczności w poufności zostały przedstawione bezpośrednio w piśmie z dnia 27 lipca 2015

r. Wykonawca położył szczególny nacisk właśnie na ochronę informacji dotyczących podmiotu, z którym współpracuje. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zmieniał swoją ocenę, co do skuteczności zastrzeżenia informacji złożonych w dniu 27 lipca 2015 r. Okoliczność ta nie stanowi jednak argumentu, który mógłby przemawiać na korzyść, czy to wykonawcy IDS-BUD, czy na korzyść Odwołujących. Zamawiający w toku postępowania może weryfikować swoje czynności, natomiast ostatecznie ich zasadność poddana zostaje kontroli Krajowej Izby Odwoławczej. Istotne dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołań było więc to, czy informacje

54

zawarte przy piśmie z dnia 27 lipca 2015 r. powinny być kwalifikowane, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa oraz to, czy zastrzeżenie tej tajemnicy zostało skutecznie i we właściwym terminie dokonane.

Zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.

Przepis odnosi się do dokumentów składanych w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W toku postępowania wykonawcy składają jednak dodatkowe dokumenty, które także mogą korzystać z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa. Na zasadzie analogii przyjmuje się zgodnie, że w takim przypadku wykazanie podstaw objęcia tych dodatkowych dokumentów tajemnicą przedsiębiorstwa powinno nastąpić w momencie ich składania.

W niniejszej sprawie, jak wskazano wcześniej, wykonawca IDS-BUD złożył przy piśmie z dnia 27 lipca 2015 r. stosowane wyjaśnienia i Izba uznała je za wystarczające dla wykazania zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa danych dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby. Przeprowadzona rozprawa potwierdziła w ocenie Izby, że jest to zasadniczy element, którego dalszej ochrony domaga się wykonawca IDS-BUD.

W dalszej kolejności Izba oceniła, że informacje dotyczące ww. podmiotu spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.2003.153.1503 j.t. ze zm.), zgodnie z którym, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca podjął niezbędne działania w celu zachowania w poufności danych dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, a w konsekwencji w celu zachowania w poufności faktu współpracy z tym podmiotem. Zostało to wykazane w treści wyjaśnień z dnia 27 lipca 2015 r., w sposób wystarczający, a kolejne pismo – złożone w wyniku reakcji na decyzję Zamawiającego – potwierdzało jedynie to, co wynikało już wyraźnie z pisma z dnia 27 lipca 2015 r. Informacje te mają także, w ocenie Izby, wartość gospodarczą i kwalifikują się do informacji o charakterze organizacyjnym. Trafnie podniósł wykonawca IDS-BUD, że z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, warunek postawiony przez

55

Zamawiającego, jest warunkiem bardzo złożonym, co przekłada się na to, że na rynku nie ma dużej ilości podmiotów, które legitymują się doświadczeniem oczekiwanym przez Zamawiającego. Pozyskanie do współpracy podmiotu, który takie doświadczenie posiada i który udziela swoje zasoby w tym zakresie – jednocześnie żądając zachowania tego faktu w poufności – jest istotną korzyścią gospodarczą dla przedsiębiorcy, warunkującą możliwość ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Udostępnienie tych informacji innym firmom może zmniejszyć konkurencyjność wykonawcy, narazić na ryzyko utraty kontrahenta, a w konsekwencji nawet na ryzyko braku możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienia. Wykonawca trafnie wskazał chociażby na potencjalną możliwość unieważnienia postępowania i w przypadku ogłoszenia nowego postępowania, po ujawnieniu w tym postępowaniu informacji o podmiocie, który spełnia specyficzne warunki Zamawiającego, wykonawca mógłby nie mieć możliwości dalszej współpracy z tym podmiotem (choćby z uwagi na zwiększone ryzyko pozyskania tego podmiotu przez konkurencję).

Jednocześnie Izba uznała, że pozostałe informacje zawarte w dokumentach złożonych w dniu 27 lipca 2015 r. nie kwalifikują się do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W pierwszej kolejności Izba podziela stanowisko, że z ochrony wynikającej z tajemnicy przedsiębiorstwa nie korzystają dokumenty (będące fizycznym nośnikiem informacji) lecz jedynie informacje zawarte w tych dokumentach. W treści złożonych wyjaśnień (zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), poza danymi dotyczącymi podmiotu zasoby nie ma innych które stanowiłyby tajemnicę udostępniającego informacji, przedsiębiorstwa. Podobnie należało ocenić treść zobowiązania do udostępnienia zasobu. Informacje dotyczące tego, jakie zasoby są udostępniane, na jaki okres, jakie są podstawy do korzystania z tego zasobu, czy i jak podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji zamówienia i w jakim zakresie, nie kwalifikują się do objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa. W sposób tożsamy Izba oceniła treść złożonego wykazu. Może on zostać odtajniony w całości chociażby z tego względu, że nigdzie w jego treści nie są podawane informacje dotyczące podmiotu udostępniającego zasób. Informacje o dacie wykonania roboty budowlanej, wartości inwestycji, rodzaju roboty budowlanej (referujące do jawnego warunku udziału w postępowaniu) czy miejsce wykonania roboty (Odbiorcy) nie stanowią informacji, które spełniałyby przesłanki z art. 11 ust. 4 ww. ustawy. Nie sposób uznawać by tajemnicą przedsiębiorstwa mogły być informacje dotyczące miejsca wykonania roboty (odbiorcy/inwestora), skoro przy robotach budowlanych informacje o inwestycji muszą być umieszczane chociażby w ogólnie dostępnych na tablicach informacyjnych.

W związku z powyższym Izba nakazała odtajnienie dokumentów złożonych w dniu 27 lipca 2015 r., za wyjątkiem informacji identyfikujących podmiot udostępniający zasoby.

56

Zamawiający może przykładowo dokonać zanonimizowania danych, które mogły by ten podmiot zidentyfikować (firma, siedziba, adres, podpisy, dane osób działających w imieniu podmiotu, etc.) i tak zanonimizowane dokumenty ujawnić innym wykonawcom.

Ponadto, Izba nie uznała, by treść wyjaśnień dotyczących ceny oferty wykonawcy IDS-BUD stanowiła informacje, które kwalifikowane byłyby jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wykazał podstaw do objęcia tajemnicą samej treści wyjaśnień, jak również treści złożonych załączników. Tylko informacje dotyczące cen, jakie wykonawca uzyskał od podwykonawców, w tym składników cenotwórczych tych cen, przykładowo w postaci rabatów, upustów, mogą być chronione tajemnicą przedsiębiorstwa – zresztą Odwołujący Warbud sam wskazywał, że informacje dotyczące cen mogą korzystać z tej ochrony. Natomiast to, jaki jest przedmiot tych ofert tajemnicą przedsiębiorstwa w tym przypadku nie jest, chociażby z tego względu, że przedmiot ten odzwierciedla przedmiot zamówienia, który jest jawny (opisany w treści SIWZ). Podobnie, nazwy podmiotów, od których wykonawca uzyskał oferty nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca bynajmniej nie wykazał podstaw do zastrzeżenia tych informacji. Izba przeanalizowała przedmiotowe oferty i wskazuje, że w ich treści znajdują się zastrzeżenia dotyczące poufności, jednak Izba uznaje je za zastrzeżenia dotyczące wyłącznie warunków cenowych, a nie samego faktu współpracy, chęci uczestnictwa w realizacji zamówienia, czy przedmiotu tych ofert. Wykonawca nie podnosił w treści zastrzeżeń argumentacji, jak również nie przedstawił przykładowo porozumień zawartych z tymi podmiotami, lub innych dowodów, które pozwalałyby na uznanie, że powyższe informacje (fakt współpracy, przedmiot oferty, chęć udziału w realizacji zamówienia) są tak ściśle chronione i wolą stron jest utrzymanie ich w pełnej poufności.

W związku z powyższym Izba nakazała odtajnienie pozostałej treści wyjaśnień z dnia 22 lipca 2015 r. oraz treści załączników, za wyjątkiem informacji dotyczących cen tych ofert. Zamawiający może dokonać zanonimizowania tych informacji i udostępnić je w pozostałym zakresie innym uczestnikom postępowania.

W zakresie odwołania wykonawcy Mostostal (sygn. akt KIO 1882/15), Izba uznała także za konieczne wyjaśnienie kwestii dotyczącej podanego przez wykonawcę IDS-BUD doświadczenia kierownika budowy w zakresie spełnienia wymogu z Sekcji V.1.3.1. SIWZ. Zamawiający wymagał dysponowania kierownikiem budowy posiadającym: a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, c) minimum 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy, d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej

57

Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o wartości robót co najmniej 20000000 zł brutto (słownie: dwadzieścia milionów złotych), która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum: - dwóch bunkrów z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonych do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych, - robót konstrukcyjnych.

Z wykazu osób złożonego przez wykonawcę IDS-BUD wynika, że przy osobie kierownika budowy, wykonawca wskazał na doświadczenie w wykonaniu inwestycji – Centrum Radioterapii Otwock, Wykonanie robót konstrukcyjnych i pomieszczenia z osłonami radiologicznymi (3 bunkry akceleratorów, 1 bunkier brachyterapii HDR, 1 pracownię tomografu) oraz łóżkowy oddział szpitalny. Zasadnie wskazał Odwołujący, że z powyższego nie wynika, czy podane bunkry odnosiły się do akceleratorów wysokoenergetycznych. Brak jest tego określenia w treści opisu podanego przez wykonawcę. Z uwagi na to, że jest to istotny element postawionego wymogu, konieczne jest jego jednoznaczne wykazanie. Samo oświadczenie wykonawcy złożone na rozprawie, że jest to efekt omyłki nie jest wystarczające. Również ogólne twierdzenie Przystępującego, że pomimo braku określonego słowa Zamawiający i tak był w stanie obiektywnie zweryfikować doświadczenie wskazanej osoby, Izba nie uznała za mogące zastępować właściwy tryb do składania wyjaśnień i wykazywania spełnienia warunków udziału. Wątpliwości co do spełnienia warunków muszą być wyjaśniane przed Zamawiającym, który ma narzędzia prawne do żądania stosownych wyjaśnień lub złożenia dokumentów. Jednocześnie, Izba nie uznała by na tym etapie postępowania zaistniały przesłanki do tego, by na podstawie powyższych wątpliwości nakazywać wykluczenie wykonawcy z postępowania, zwłaszcza, że wykonawca nie był wzywany w tym zakresie. Zarzut w tym kształcie należało uznać za przedwczesny. W jego zakresie mieścił się natomiast zarzut nieprzeprowadzenia wnikliwej oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wykazał, że istnieją w tym zakresie wątpliwości, które powinny zostać wyjaśnione w toku dalszego postępowania przed Zamawiającym.

W zakresie odwołania wykonawcy Warbud S.A. (sygn. akt KIO 1900/15) uwzględnieniu podlegał także zarzut odnoszący się oferty Mostostal i do wykazania doświadczenia przez wskazanego w wykazie osób kierownika robót sanitarnych – jednak tylko w części odnoszącej się do inwestycji w Kielinie.

Zgodnie z pkt V.1.3.3 SIWZ, Zamawiający wymagał dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, posiadającym: a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, c) minimum 5 letnie doświadczenie w pełnieniu

58

funkcji kierownika robót sanitarnych, d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o wartości, co najmniej 30 000 000 zł brutto.

W wykazie osób złożonym przy ofercie wykonawca Mostostal podał, w odniesieniu do stanowiska kierownika robót sanitarnych, Pana J. F. . W ramach doświadczenia zawodowego ww. osoby, podano m.in. inwestycję „Budowa sieci sanitarnych na budowie Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku” oraz inwestycję „Budowa zbiornika wody Kiełpino wraz z przebudową przepompowni Migowo i budową magistrali łączącej zbiorniki Kiełpino z gdyńskim systemem wodociągowym”. W toku postępowania przez Zamawiającym, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wątpliwości, co do wykonywania funkcji kierownika robót sanitarnych przez ww. osobą na wskazanych inwestycjach. Odwołujący złożył jednocześnie Zamawiającemu kopię dzienników budowy.

Jak wynika z akt postępowania Zamawiający wzywał wykonawcę tylko do wyjaśnień w zakresie inwestycji w Gdańsku. W tym zakresie Mostostal złożył przekonujące dowody na to, że podana osoba pełniła tam funkcję kierownika robót sanitarnych. Wyjaśnienia i dowody złożone Zamawiającemu zostały następnie potwierdzone dowodami złożonymi na rozprawie. Zostanie to szerzej omówione w dalszej części uzasadnienia. W przypadku inwestycji w Kiełpinie Izba nie uznała, by same dowody w postaci wniosków o zajęcie pasa drogowego były wystarczające dla wykazania pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych na tej inwestycji oraz by rozwiewały wątpliwości wynikające ze złożonego dziennika budowy. W złożonych wnioskach, pkt 5 – Kierownik robót, został wpisany Pan J. F. (wraz z inną osobą). Brak jest tu

choćby doprecyzowania, jakich robót dotyczy ten wpis. Co jednak bardziej istotne, to w ocenie Izby, wnioskowi tym nie można przyznać takiej wartości dowodowej, jak oświadczeniom, w tym pochodzącym od kierownika budowy, które w odniesieniu do inwestycji w Gdańsku, w konfrontacji z treścią dzienników budowy, pozwoliły Izbie na uznanie wykazania pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych. W tym przypadku, przedstawienie dokumentów, w których jedynie wpisano dane ww. osoby do wniosku o wydanie zezwolenia na zajęcie pasa drogowego nie tworzyło dowodu, który przesądzałby o faktycznym pełnieniu przez tą osobę funkcji kierownika robót sanitarnych, nie tworzyło także żadnego oświadczenia, z którego Izba mogła by wywieść takie wnioski. W dalszym toku postępowania Zamawiający wezwie wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub dokumentów celem wyjaśnienia i ostatecznego ustalenia powyższej kwestii.

W ramach odwołania wykonawcy Warbud S.A. Izba uznała ponadto, że w odniesieniu do oferty Konsorcjum Strabag zostały wykazane na chwilę obecną jedynie wątpliwości, co do

59

wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (V. 1.2.2 pkt 2) i V. 1.3.1 SIWZ), które nie zostały do końca wyjaśnione przez Zamawiającego, pomimo posiadania ku temu stosownych narzędzi prawnych.

Okoliczności faktyczne dotyczące treści oferty konsorcjum Strabag, zwrócenia się przez Odwołującego do Instytutu Fizyki Jądrowej PAN z siedzibą w Krakowie, treść zadanych pytań, treść uzyskanej odpowiedzi, jak również treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę konsorcjum Strabag zostały zreferowane w odwołaniu w sposób rzetelny i nie stanowiły one osi sporu, który koncentrował się ostatecznie na tym, czy w inwestycji „Budowa Narodowego Centrum Radioterapii Hadronowej - Centrum Cyklotronowe Bronowice (etap I) oraz obiekt stanowiska Gantry wraz z infrastrukturą techniczną (etap II) zlokalizowanego w Krakowie przy ul. Radzikowskiego 152”, w ramach I etapu zostały wykonane dwa bunkry z osłoną radiologiczną przed promieniowaniem jonizującym, przeznaczonych do montażu akceleratorów wysokoenergetycznych.

Analizując zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, Izba stwierdziła, że w sprawie jest z jednej strony odpowiedź Instytutu Fizyki Jądrowej, na której kierunek i szczegółowość, mógł mieć wpływ sposób zadania pytań i ich treść, z drugiej strony Przystępujący wskazał na wykonanie dwóch niezależnych bunkrów w ramach I etapu i przedłożył dokumenty na okoliczność wykazania wykonania w ramach I etapu dwóch bunkrów spełniających wymagania Zamawiającego (oświadczenie firmy IBA wraz z rzutem parteru). Zasadnie podnosił przy tym Przystępujący, że nie ma definicji legalnej „bunkrów”. Konfrontując te dokumenty ze sobą Izba nie miała podstaw by przesądzać ostatecznie na którąkolwiek ze stron i odrzucać w całości wartość dowodową, czy to dokumentów przedstawionych przez Odwołującego, czy Przystępującego. Natomiast złożony materiał dowodowy nakazywał przyjęcie, że w tym zakresie istnieją nadal wątpliwości, które można w prosty sposób wyjaśnić, poprzez zapytanie do Instytutu, który jako zamawiający tamtej inwestycji ma wiedzę, co zostało ostatecznie wykonane na jego rzecz w ramach I etapu.

Izba uznała, że w sprawie zaistniały przesłanki do skorzystania z możliwości przewidzianej w § 1 ust. 5 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, zgodnie z którym w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane,

60

dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.

W związku z powyższym, jako przedwczesny Izba uznała zarzut podania nieprawdziwych informacji. Informacje uzyskane od Instytutu dadzą dopiero pełny obraz stanu rzeczy, który pozwoli na ostateczne zweryfikowanie spełnienia warunków udziału z pkt V. 1.2.2 pkt 2) i V. 1.3.1 SIWZ, oraz zweryfikowanie prawdziwości informacji i wyjaśnień podanych przez wykonawcę.

W ramach odwołania wykonawcy Warbud uwzględnieniu podległ także zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy konsorcjum INSO na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Izba przyjęła w stan faktyczny okoliczności wskazane w treści odwołania. Wykonawca ten w ogóle nie bronił swojej oferty, ale co ważniejsze nie przedstawił w toku postępowania przed Zamawiającym żadnych dowodów, które mogłyby pozwolić Izbie na przyjęcie innych wniosków, niż te wynikające ze złożonego dziennika budowy. Konfrontując ogólną treść oświadczenia z treścią dziennika budowy Izba nie miała podstaw, by uznać, że pomimo braku wpisania podanej osoby do dziennika budowy pełniła ona jednak faktycznie funkcję przypisaną w treści wykazu. Izba nie dopatrzyła się jednak podania w tym zakresie nieprawdziwych informacji.

W zakresie nieuwzględnionych zarzutów z odwołania o sygn. akt KIO 1882/15:

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut zaniechania odrzucenia oferty IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jako oferty zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Krytyczne spojrzenie na zarzuty i argumentację Odwołującego nakazywała już analiza akt postępowania, która wykazała, że sam Odwołujący na etapie postępowania przed Zamawiającym przewidywał możliwość zastosowania różnych stawek i wcale wówczas nie uznawał, by Zamawiający przesądził o zastosowaniu stawki podstawowej. Dobitnie świadczy o tym pismo z dnia 27 maja 2015 r. (karta 834 akt), w którym Odwołujący wskazując na możliwość – cytując – „różnej wartości stawek VAT wynikających z pozycji przedmiarowych”, zwrócił się z prośbą o informację, jaka stawka ma być przyjęta do obliczenia wynagrodzenia. Zamawiający nie odpowiedział na to pytania, jako złożone po terminie, ale sam fakt zadania tego pytania świadczy w ocenie Izby o tym, że także Odwołujący widział możliwość zastosowania różnych stawek podatku VAT.

Skład orzekający wyraża pogląd, że w sytuacji, gdy z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia po stronie wykonawcy mogą powstać uzasadnione wątpliwości, co do właściwej

61

stawki podatku VAT – zwłaszcza, gdy zamawiający nie określa tej stawki, a jednocześnie przebiega się w orzecznictwie koncepcja tzw. świadczeń złożonych – zastosowanie jednej stawki podstawowej jawi się, jako rozwiązanie bezpieczne i chroniące wykonawcę przed odrzuceniem jego oferty z powodu błędu w obliczeniu ceny z uwagi na zastosowanie, w odniesieniu do określonego zakresu zamówienia – stawek preferencyjnych. Warto w tym miejscu wskazać chociażby na wyrok KIO z dnia 20 marca 2014 r., sygn. akt KIO 430/14, gdzie Izba stwierdziła, że „1. Skoro ustawa z 2004 r. o podatku od towarów i usług oraz inne ustawy regulujące odpowiedzialność podatników nie wiążą z zastosowaniem stawki podstawowej żadnych ujemnych konsekwencji, a negatywny skutek dla podatnika ma wyłącznie nieuprawnione zastosowanie stawki preferencyjnej, to taka sama reguła powinna obowiązywać również przy wykładni przepisów ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. 2. Nieracjonalne i sprzeczne ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa zamawiającego do badania ceny oferty oraz niweczące cel postępowania o udzielenie zamówienia byłoby przyjęcie, że oferta, w której cenie mieści się podstawowa stawka podatkowa, a która mimo tego jest najkorzystniejsza, podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., a skutkiem tego zamówienie uzyskuje wykonawca, który złożył ofertę mniej korzystną”. W niniejszym postępowaniu, Odwołujący widział możliwość zastosowania różnych stawek podatku VAT, ale ostatecznie zdecydował się na zastosowanie jednej stawki podstawowej. Była to jego własna decyzja, która nie może przesądzać o tym, że inny wykonawca, który zastosował jednak stawkę preferencyjną wobec instalacji gazów medycznych, automatycznie dopuścił się błędu w obliczeniu ceny, skutkującego koniecznością odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 w zw. z art. 146a pkt 2 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U.2011.177.1054 j.t. ze zm.), dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podstawowa wynosi 8%, z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. W załączniku nr 3 do ustawy w ramach grupy towarów, w poz. 105, ustawodawca wskazał wyroby medyczne, w rozumieniu ustawy o wyrobach medycznych dopuszczone do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, inne niż wymienione w pozostałych pozycjach załącznika. Poza sporem pozostawało to, że instalacja gazów medycznych jest wyrobem

medycznym. Zamawiający wskazał to m.in. w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót instalacji gazów medycznych z sygnalizacją alarmową dla Budowy Budynku Radioterapii dla potrzeb Kliniki Onkologii (załącznik nr 11 do SIWZ). Izba wskazuje przy tym, że w definicji wyrobu medycznego (art. 2 ust. 1 pkt 38 ustawy z dnia 20 maja 2010

62

r. o wyrobach medycznych) ustawodawca wskazał na możliwość stosowania wyrobu samodzielnie lub w połączeniu.

Stosownie do art. 5 ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, opodatkowaniu podatkiem od towarów i usług podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy, przez dostawę towarów, o której mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się przeniesienie prawa do rozporządzania towarami jak właściciel. Natomiast, w myśl art. 8 ust. 1 ustawy, przez świadczenie usług, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 1, rozumie się każde świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów w rozumieniu art. 7.

Ustawodawca w załączniku nr 3 wymienił – w ramach grupy towarów – wyroby medyczne, zaś instalacja gazów medycznych jest takim właśnie wyrobem medycznym, tak więc należy uznać, że jest ona towarem, w rozumieniu ustawy o podatku od towarów i usług. Nawet w sytuacji, gdy instalacja gazów medycznych stanowi jeden z elementów roboty budowlanej, będącej usługą na gruncie tej ustawy, nie wyłącza to automatycznie możliwości jej opodatkowania, jak dla dostawy towarów. Nie ma bowiem bezwzględnej reguły, która przesądzałaby o tym, że w sytuacji, gdy instalacja gazów medycznych wykonywana jest w ramach roboty budowlanej, to tym samym ona także stanowi usługę, a skoro poz. 105 załącznika nr 3 odnosi się do towarów, to nie może w tej sytuacji odnosić się do instalacji gazów medycznych. Izba nie uznała tego kierunku argumentacji Odwołującego za przekonujący.

Dychotomiczny podział przedmiotu opodatkowania podatkiem VAT - tj. odpłatna dostawa towarów albo świadczenie usług – oraz to, że wykonanie instalacji gazów medycznych odbywa się w procesie świadczenia usługi budowlanej, nie oznacza jeszcze, że instalacja gazów medycznych musi być w takich przypadkach niejako automatycznie opodatkowywana, jako element usługi budowlanej, a tym samym, że wyłączone jest jej odrębne opodatkowanie, jak przy dostawie towarów.

Podobnie Izba nie uznała za przekonujące twierdzenia Odwołującego oparte na założeniu, że w tym postępowaniu przedmiot zamówienia musi być postrzegany jako jedno świadczenie, wobec którego zaistniały podstawy do zastosowania konstrukcji tzw. świadczenia o kompleksowym charakterze, gdzie instalacja gazów medycznych – jako element poboczny i pomocniczy, nie będący dla Zamawiającego celem samym w sobie, lecz jedynie koniecznym środkiem do zrealizowania całości zamówienia, nie mogąca też funkcjonować samoistnie – powinna zostać opodatkowana stosownie do czynności podstawowej, tj. według stawki podatku VAT 23%.

63

Izba wskazuje, że na gruncie podatkowym nie funkcjonuje z góry przesądzona zasada, w myśl której instalacja gazów medycznych wykonywana w szpitalach w ramach roboty budowlanej polegającej na budowie budynku szpitala zawsze musiała być klasyfikowana w sposób wskazywany przez Odwołującego, tj. jako świadczenie kompleksowe, niepodzielne i jednorodne, w którym instalacja gazów medycznych jest jedynie częścią składową robót budowlanych, dla którego to świadczenia w całości zastosowanie znajduje stawka podatku VAT 23%. Tego rodzaju założeniu przeczą bowiem przykłady interpretacji podatkowych, które w analogicznych stanach faktycznych, wskazują na zastosowanie stawki 8% podatku VAT w stosunku do instalacji gazów medycznych (przykładowo interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy z dnia 8 lipca 2013 r., nr: ITPP1/443-345/13/TS, interpretacja indywidualna Dyrektora Izby Skarbowej w Warszawie z dnia 17 kwietnia 2014 r., nr IPPP2/443-129/14-2/DG).

W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby, prace związane z instalacją gazów medycznych i pozostałe roboty budowlane można było potraktować jako świadczenie odrębne, opodatkowane właściwą stawką preferencyjną. Dla instalacji gazów medycznych opracowana

została chociażby odrębna dokumentacja, w tym kosztorys przedmiarowy. Zamawiający w sposób bardzo szczegółowy opisał instalację gazów medycznych w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (załącznik nr 11), w tym zakres robót, wymagania dotyczące robót, wymagania dotyczące materiałów, sprzętu, transportu, kontroli jakości, obmiaru robót, odbioru robót, a nawet wskazał podstawy płatności. W załączniku nr 12 do SIWZ, Zamawiający zawarł także szczegółowe przedmiary, a w załączniku nr 10 cz. 3 do SIWZ, obszerną dokumentację projektową dotyczącą gazów medycznych.

W ocenie Izby, powyższe okoliczności dawały podstawy do potraktowania instalacji gazów medycznych, jako świadczenia odrębnego, opodatkowanego według innej stawki niż stawka podstawowa. Wykonanie tego świadczenia w ramach usługi budowlanej jest z pewnością uzasadnione szeregiem względów, poczynając od zakazu dzielenia zamówienia, czy względami natury praktycznej. Wykonanie systemu rurociągowego gazów medycznych w ramach wykonywania robót budowlanych nie musi jednak oznaczać, że mamy do czynienia ze świadczeniami tak ściśle związanymi, że ich ewentualne rozdzielenie miałoby charakter sztuczny. Przykładowo można wskazać, że świadczenia te można chociażby oddzielić w czasie, czy powierzyć do wykonania innemu podmiotowi - gdyby była taka konieczność, a i tak ostatecznie zamawiający mógłby uzyskać oczekiwany finalnie rezultat. Można także wskazać, że niezależnie od formy przyjętego w tym postępowaniu wynagrodzenia, Izba nie miała wątpliwości, patrząc chociażby na podstawy płatności wskazane w ww. dokumencie, jak również szczegółowy opis gazów medycznych, że w przypadku takiej konieczności, dla

64

potrzeb postępowania podatkowego, wykonawca nie powinien mieć trudności z wyodrębnieniem wartości wynagrodzenia za instalację gazów medycznych od wartości pozostałego wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Skład orzekający w niniejszej sprawie wyraża pogląd, że konstrukcja świadczenia o charakterze kompleksowym, nie mająca swojej legalnej definicji, musi być stosowana ostrożnie, a przede wszystkim musi znajdować rzeczowe i obiektywne oparcie w okolicznościach danej sprawy. Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови udowodnienia, że w tym konkretnym postępowaniu przedmiot zamówienia musi być uznany za świadczenie o charakterze kompleksowym, w tym nie udowodniono tego, że pomimo wyodrębnienia i szczegółowego opisu instalacji gazów medycznych w ramach SIWZ, ziściły się przesłanki do zastosowania – stanowiącej wyjątek – konstrukcji świadczenia kompleksowego, opierając swoje twierdzenia w zasadzie na założeniu, że w przypadku tego rodzaju robót budowlanych instalacja gazów medycznych musi być niejako automatycznie uznawana za ich część składową oraz poprzestając jedynie na ogólnej argumentacji. Przedmiotowa okoliczność, jako kluczowa dla oceny twierdzeń i zarzutów odwołania powinna zostać udowodniona w sposób bezwzględny, stosownie do zasady zawartej w art. 190 ust. 1 Pzp. Izba – konfrontując stanowisko Odwołującego z faktem wyraźnego opisu i wyodrębnienia instalacji gazów medycznych, zarówno w opisie przedmiotu zamówienia, jak i w dokumentacji projektowej, jak również mając na względzie – co wskazano wcześniej – że na gruncie podatkowym nie funkcjonuje zasada nakazująca w tego rodzaju przypadkach stosować konstrukcję świadczenia kompleksowego, uznała ostatecznie, że zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie. Tożsame stanowisko Izba zajęła przykładowo w wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1644/14. Izba uznała przy tym, że złożona zmiana interpretacji indywidualnej wydana przez Ministra Finansów w dniu 8 stycznia 2015 r., nr PT8/033/161.2/943/14/WCX/15, odnosiła się do odmiennego stanu faktycznego, a tym samym nie mogła mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Analizowane zagadnienie dotyczyło bowiem art. 41 ust. 12a ustawy o podatku od towarów i usług i możliwości zakwalifikowania budynku przeznaczonego do długoterminowej psychiatrycznej opieki zdrowotnej, obejmującej zakwaterowanie z opieką lekarską i pielęgniarską, do budownictwa objętego społecznym programem mieszkaniowym.

Nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące wewnętrznej sprzeczności treści załącznika nr 4 do oferty wykonawcy IDS-BUD. Wykonawca ten wskazał w załączniku nr 4 pkt 1 informację o powierzeniu podwykonawcy całości przedmiotu zamówienia. Nie ma tu sprzeczności z pkt 2, gdy weźmie się pod uwagę instrukcję wypełnienia tego załącznika, zgodnie z którą należało wypełnić pkt 1 lub pkt 2, lub pkt 1 i pkt 3. Wykonawca zastosował się do tego drugiego sposobu. To, że wykonawca wypełnił informację na wzorze Zamawiającego,

65

w której pozostawił pkt 2 tego wzoru, w świetle wypełnienia pkt 1 i pkt 3, nie świadczy o tym, że wykonawca złożył dwa sprzeczne oświadczenia. Z treści załącznika nr 4 należy wnioskować, że wykonawca oświadczył o powierzeniu podwykonawcom całości zamówienia. To oświadczenie jest treścią jego oferty. Analizując treść SIWZ należało także uznać, że Zamawiający zaliczył do treści oferty jedynie oświadczenie dotyczące części zamówienia powierzonej podwykonawcom (pkt V.6 SIWZ, pkt X.4.1, X.4.2 SIWZ).

W zakresie zarzutów postawionych w treści odwołania Izba nie stwierdziła także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący nie sformułował zarzutu niedopuszczalności powierzenia podwykonawcom całości zamówienia. Pozostawało to poza zakresem oceny Izby. Odwołujący zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odniósł jedynie do sprzeczności, które upatrywał w treści załącznika nr 4 do oferty wykonawcy IDS-BUD. Jak wskazano wcześniej, w ocenie Izby właściwa analiza treści tego załącznika nie wskazywała na to, by doszło w nim do złożenia wewnętrznie sprzecznych oświadczeń. Ponadto, Odwołujący zarzut z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp postawił w sposób kaskadowy, mianowicie zarzucił „zaniechanie odrzucenia oferty IDS-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w przypadku potwierdzenia występowania nienadających się do poprawienia w treści oferty sprzeczności dotyczących podwykonawstwa, których wyjaśnienia Zamawiający zaniechał w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp w zakresie dołączonej do oferty informacji o podwykonawstwie, stanowiącej załącznik nr 4 do formularza oferty”. W tym zakresie, jak już wskazano, nie potwierdziło się, by w treści tego dokumentu występowały sprzeczności, a Zamawiający nie miał powodów do wyjaśniania ww. załącznika, gdyż właściwa analiza jego treści, z uwzględnieniem instrukcji jego wypełnienia podanej przez Zamawiającego, daje pełny i jasny obraz treści oświadczenia woli wykonawcy.

Nie zaistniały także wątpliwości, co do tożsamości podmiotu, na którego zasoby wykonawca IDS-BUD powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Argumentacja i wywody Odwołującego przedstawione w tym zakresie musiały zostać przez Izbę, w

światle

uzupełnionych przez IDS-BUD dokumentów, za nieaktualne. W załączniku nr 4 – Informacja o podwykonawstwie – wykonawca IDS-BUD wskazał podmiot: Altis, ul. Kaczałowa 5w, 03680 Kijów. Jednocześnie, wykonawca ten, na załączniku nr 9, złożył wraz z ofertą zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów, w którym wskazano, jako podmiot udostępniający: Korporacja „Altis-Holding”, ul. Kaczałowa 5w, 03146 Kijów. Rozbieżności w powyższych danych są oczywiste. Nie mniej jednak pozostaje to bez znaczenia dla sprawy w związku z dokumentami, które IDS-BUD złożył w toku postępowania przed Zamawiającym. W treści zobowiązania złożonego przy ofercie Altis-Holding udostępnił zasób w zakresie wiedzy i doświadczenia w celu potwierdzenia spełnienia warunku z rozdziału

66

V.1.2.2 ppkt 2) SIWZ. W złożonym przy ofercie wykazie robót budowlanych nie została jednak wskazane zadanie, które odnosiło się do przedmiotowego warunku. Pismem z dnia 20 lipca 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał IDS-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przez wykonawcę spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w rozdziale V.1.2.1 ppkt 1) i V.1.2.2 ppkt 2 SIWZ. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że załączony do oferty wykaz robót budowlanych nie zawiera robót budowlanej odpowiadającej wymaganiom określonym w pkt 2 (V.1.2.2 SIWZ). Zamawiający wezwał jednocześnie do złożenia dowodów określających, czy roboty budowlane zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone (odnośnie roboty dotyczącej wymagania określonego w pkt 2 (pkt V.1.2.2 SIWZ). W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 27 lipca 2015 r., wykonawca IDS-BUD uzupełnił wykaz robót budowlanych wraz z dowodami, zastrzegając jednocześnie te dokumenty, jako informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. W złożonych dokumentach IDS-BUD złożył zobowiązanie do oddania zasobów, udzielone przez inny podmiot niż ten wskazany zobowiązaniu złożonym przy ofercie.

Odwołującemu nie była znana treść pisma z dnia 27 lipca 2015 r. Pomimo uchybienia Zamawiającego w udostępnieniu tych wyjaśnień, Izba rozstrzygając o zasadności zarzutów musiała wziąć pod uwagę, że nastąpiła zmiana podmiotu udostępniającego zasób, tak więc zarzuty co do tego, że podmiot z pkt 3 załącznika nr 4 nie pojawia się w dalszej dokumentacji oferty, oraz zarzuty, co do skuteczności (w kwestii reprezentacji) złożenia pierwotnego zobowiązania do udostępnienia zasobów, jak również, co do treści tego zobowiązania i wykazania na jego podstawie spełnienie warunku z sekcji V.1.2.2 SIWZ, musiały zostać

uznane ostatecznie za zarzuty nieaktualne. Nakierowane one bowiem były na dokumenty i informacje, które ostatecznie nie były brane pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający potwierdził, że badanie spełnienia warunków udziału nie opierał w ogóle na zobowiązaniu złożonym przy ofercie i dokumentach dotyczących podmiotu wskazanego w tym zobowiązaniu, lecz na dokumentach, które zostały złożone w ramach uzupełnienia, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba nie uznała także zarzutów dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2.1 SIWZ, przewidującego obowiązek wykazania wykonania jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie budynku szpitalnego lub zakładu opieki medycznej, która swoim zakresem obejmowała wykonanie minimum:

- a) robót konstrukcyjnych,
- b) robót ogólnobudowlanych,

67

- c) robót elektrycznych i instalacji technicznych tj. sygnalizacji pożaru, strukturalnej, przyzywowej, kontroli dostępu, RTV, telewizji dozorowej CCTV,
- d) robót sanitarnych tj. wodno – kanalizacyjnych, centralnego ogrzewania, ciepła technologicznego, chłodu, wentylacji i klimatyzacji oraz certyfikowanej jako wyrób medyczny instalacji gazów medycznych,

o wartości nie mniejszej niż 50 000 000,00 zł brutto, wykonaną w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

W wykazie robót złożonym przy ofercie wykonawca IDS-BUD, celem wykazania spełnienia ww. warunku wskazał na zadanie zrealizowane na rzecz Platinum Hospital S.A. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 20 lipca 2015 r., wykonawca ten wskazał dodatkowo, obok ww. inwestycji, nową inwestycję wykonaną na rzecz Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu.

W ocenie Izby nie zasługiwały na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego, że z faktu wskazania kolejnego zadania, Zamawiający winien był powziąć wątpliwości, co do inwestycji wykonanej na rzecz Platinum Hospital S.A. Odwołujący oparł swój wywód w zasadzie na założeniu, że skoro wykonawca IDS-BUD nie był wzywany do uzupełnienia w zakresie warunku z pkt V.1.2.1 SIWZ, a samodzielnie podał nową inwestycję dla potwierdzenia spełnienia tego warunku, to tym samym należało krytycznie ocenić inwestycję podaną w pierwotnym wykazie. Odwołujący stwierdził, że niezrozumiałe jest działanie wykonawcy polegające na uzupełnieniu wykazu o nowe zadanie w zakresie wykonania roboty, co do której potwierdzenie spełnienia warunku winno wynikać z pierwotnie wykazanego zadania. Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający winien tu w szczególności bezspornie potwierdzić wykonanie wszystkich instalacji technicznych zgodnie z postawionym w pkt V.1.2.1 SIWZ wymogiem. Izba wskazuje,

że Odwołujący ograniczył się w zakresie stawianego zarzutu do ogólnikowych stwierdzeń. Kwestionując zadanie wykazane w wykazie złożonym przy ofercie Odwołujący winien był natomiast przedstawić rzeczowe argumenty i dowody, które dyskwalifikowałyby to zadanie, jako potwierdzające spełnienie warunku wynikającego z SIWZ. Samo odwołanie się do okoliczności podania nowego zadania w ramach uzupełnienia nie tworzyło tu żadnego domniemania, że zadanie podane w pierwotnym wykazie jest wadliwe. Odwołujący winien więc merytorycznie wykazać, dlaczego to zadanie nie potwierdzało spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tego rodzaju merytorycznej argumentacji i dowodów Odwołujący jednak nie przedstawił w treści odwołania.

68

Zasadność założenia, na którym Odwołujący oparł swój zarzut, należało tym bardziej krytycznie ocenić, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że treść wezwania Zamawiającego z dnia 20 lipca 2015 r., została w istocie tak skonstruowana, że mogła, w ocenie Izby, wywołać przeświadczenie o potrzebie uzupełnienia dokumentów dotyczących także warunku z pkt V.1.2.1 SIWZ. Zamawiający na wstępie tego pisma wskazał bowiem, że – cytując – „Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających przez Wykonawcę spełnienie warunków udziału

w postępowaniu, tj.: (...)", wymieniając następnie zarówno warunek z pkt V.1.2.1 SIWZ, jak i warunek z pkt V.1.2.2 SIWZ. W dalszej części pisma Zamawiający wskazał na braki, jakie stwierdził odnośnie wykazania spełnienia warunku z pkt V.1.2.2 SIWZ, jednak nie zmienia to faktu, że we wstępie pisma odwołał się także do pkt V.1.2.1 SIWZ. W tych okolicznościach wykonawca mógł chociażby z ostrożności uzupełnić wykaz o nowe zadanie dotyczące pkt V.1.2.1 SIWZ, i z samego faktu tego uzupełnienia nie można wywodzić wadliwości zadania podanego w pierwotnym wykazie. To, czy wykonawca uzupełnił wykaz – ponad wezwanie, czy w ramach wezwania – nie miała przy tym ostatecznie wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż tak jak wskazano wcześniej, inwestycja wskazana w pierwotnym wykazie była wystarczająca, a Odwołujący nie przedstawił przekonujących dowodów i argumentów, które miałyby dyskwalifikować referencje złożone przy pierwszy wykazie. Niezależnie od tego Izba przeanalizowała treść tych referencji i nie stwierdziła, by treść tych referencji mogła wzbudzać wątpliwości, co do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W treści tego dokumentu wskazano zakres robót oraz oświadczone, że wszystkie roboty zostały wykonane w sposób należyty, zgodnie z projektem, zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Należy wskazać, że składane referencje należy czytać łącznie z oświadczeniem wykonawcy złożonym w wykazie. To oświadczenie wykonawcy stanowi potwierdzenie spełniania warunku, zaś referencje mają na celu jedynie potwierdzić należyte wykonanie zamówienia. Referencje pochodzą od podmiotu trzeciego nie biorącego udziału w postępowaniu, nie są wystawiane na użytek konkretnego postępowania, zatem oczekiwania co do ich treści są nieuzasadnione (tak wyrok KIO z dnia 23 maja 2015 r., sygn. akt KIO 927/15). Nie ma obowiązku, by treść referencji była każdorazowo szczegółowo dostosowywana i wliczała wszystkie wymogi postawione w treści warunku danego postępowania o zamówienie publiczne. Dokumenty referencyjne nie mają sformalizowanego charakteru. Służą one różnym celom, składane są niekiedy w rozmaitych postępowaniach o udzielenie zamówienia, na potwierdzenie niekiedy różnych warunków udziału w postępowaniu. Dokument referencyjny zatem nie jest miejscem, w którym należałoby poszukiwać

69

precyzyjnych informacji o zakresie wykonanych robót. Nawet nieodnalezienie w takim dokumencie elementu robót, który odpowiadałby warunkowi, nie dowodzi jeszcze, że taki element nie został w ramach roboty wykonany (wyrok z dnia 30 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1192/14). Samo stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający winien w szczególności bezspornie potwierdzić wykonanie wszystkich instalacji teletechnicznych nie stanowiło uzasadnienia zarzutu, ani nie przesądzało o jego zasadności. Odwołujący kwestionując wykonanie instalacji winien wskazać, jakich instalacji to dotyczy i wykazać (udowodnić przed Izbą), że instalacji tych nie wykonano.

W aspekcie powyższych rozważań kwestionowanie zadania wskazanego dodatkowo w wykazie robót złożonym przy piśmie z dnia 27 lipca 2015 r., nie mogło mieć wpływu na ocenę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał bowiem w pkt V.1.2.1 pkt 1) SIWZ wykazania jednej roboty budowlanej. Kwestionowanie zadania wskazanego w uzupełnionym wykazie – Rozbudowy Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu – Odwołujący oparł na twierdzeniu, że przedmiotowa robota nie obejmowała instalacji teletechnicznych w zakresie telewizji dozorowej CCTV. W ocenie Izby złożony przez IDS-BUD dowód w postaci wyciągu z protokołu odbioru końcowego, nakazywał krytyczną ocenę twierdzeń Odwołującego. W protokole tym wskazano, że przedmiotem odbioru był system telewizji dozorowej CCTV. Izba nie znalazła podstaw, by dowód ten odrzucić lub pominąć, przeciwnie Izba uznała ten dowód za potwierdzający stanowisko wykonawcy IDS-BUD.

Zarzut dotyczący złożenia nieprawdziwych informacji Izba uznała za blankietowy i postawiony w sposób hipotetyczny. Niezależnie od tego, Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy nie zaistniały żadne przesłanki, by przypisywać wykonawcy IDS-BUD złożenie nieprawdziwych informacji, co do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie, wskazanego przez Odwołującego, pkt V.1.2.1 SIWZ.

W zakresie nieuwzględnionych zarzutów z odwołania o sygn. akt KIO 1900/15:

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy IDS-BUD:

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, dotyczący wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2.1 SIWZ.

Odwołujący wniosek o konieczności zdyskredytowania roboty budowlanej wskazanej w pierwotnym wykazie (Przebudowa budynku szpitalnego oraz rozbudowa istniejącego budynku dawnego Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie przy ul. Goszczyńskiego 1, dobudowa budynku z przeznaczeniem na cele szpitalne, budowa garażu podziemnego,

70

parkingu naziemnego wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną) opartą na subiektywnej ocenie, iż skoro robota ta została wykonana na rzecz Platinum Hospital S.A., podmiotu należącego do tej samej grupy kapitałowej, oraz skoro między tymi podmiotami występują powiązania osobowe, to trudno uwzględnić tę robotę, jako potwierdzenie wymaganego doświadczenia, a wystawione referencje, jako potwierdzenie należytego wykonania robót. Tego rodzaju twierdzenia (w zasadzie sugestie) nie tworzą dowodu, który mógłby przesądzać o konieczności odrzucenia referencji. W ocenie Izby nie dyskwalifikuje wiarygodności referencji jedynie okoliczność, że podmiot wystawiający tę referencję należy do tej samej grupy kapitałowej. Za równie niewystarczające dla podważenia wiarygodności tego dokumentu Izba uznała sugestie Odwołującego dotyczące powiązań rodzinnych. Zarzut oparty o takie ogólne argumenty Izba uznała za nieudowodniony. Nie sposób uznać, by z tytułu ewentualnych powiązań biznesowych czy rodzinnych, tworzyło się automatycznie jakieś domniemanie działania w złej wierze, domniemanie poświadczenia informacji niezgodnie z prawdą, czy domniemanie mniejszej wartości i wiarygodności danego dokumentu. Dowody w postaci odpisów z KRS, złożone przez Odwołującego, Izba uznała za pozbawione znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu. Potwierdzały one jedynie okoliczności bezsporne, tj. to, jakie osoby są ujawnione w jawnym rejestrze. Sam fakt występowania tych osób w firmach pozostających w grupie kapitałowej nie czyni jednak uprawnionym, a tym bardziej udowodnionym, wniosku o niezetelności referencji oraz twierdzeń o tym, że referencje te nie mogą potwierdzać należytego wykonania roboty, jak również tezy Odwołującego, że sama robota budowlana nie mogła zostać uwzględniona przez Zamawiającego w toku badania oferty IDS-BUD.

Odrzucenie przez Izbę argumentacji Odwołującego w zakresie referencji dotyczących roboty z pierwszego wykazu w zasadzie czyniło bezprzedmiotowymi zarzuty dotyczące roboty wskazanej w ramach uzupełnienia dokumentów. Niemniej jednak w ocenie Izby złożony dla tej roboty protokół nie zawiera stwierdzeń, które nakazywałyby uznanie,

że wykazywana robota nie została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończona. Odwołujący bynajmniej nie przedstawił Izbie dowodów, które potwierdzałyby jego twierdzenia, iż protokół ten nie potwierdza należytego wykonania zadania. Należy wskazać w tym miejscu, że zgodnie z pkt VI.1.2 SIWZ, Zamawiający żądał wykazu robót budowlanych oraz załączenia dowodów dotyczących najważniejszych (podkreślenie Izby) robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Na mocy złożonego protokołu dotyczącego inwestycji pn. „Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (...)” – zamawiający tej inwestycji przejął przedmiot odbioru z dniem podpisania protokołu.

71

to wniosek, że najważniejsze roboty musiały zostać wykonane w sposób należyty i zgodny z zasadami sztuki budowlanej. Protokół zawiera ustalenia stron (pkt VIII), ale nie sposób wywodzić z treści tych ustaleń, by dotyczyły one najważniejszych robót, a ponadto nie sposób wnioskować, że przedmiotowe ustalenia oznaczają, że najważniejsze roboty nie zostały wykonane, bądź że zostały wykonane w sposób wadliwy. Ustalenia wskazują przy tym kilkakrotnie na okoliczności niezależne od stron tego kontraktu, wcale nie świadczące o tym, że określone elementy roboty nie zostały wykonane należyście. Przykładowo, odnośnie instalacji chłodzenia, strony wskazały, że brak możliwości zweryfikowania skuteczności jej działania wynikał z tego, że weryfikacja ta może być przeprowadzona jedynie w okresie letnim. Następnie, weryfikacja prawidłowości funkcjonowania instalacji grzewczej i rezerwowej kotłowni na olej nie mogła zostać przeprowadzona z uwagi na zbyt wysokie temperatury. Przywołany przez Odwołującego pkt 14 protokołu nie świadczy o tym, że najważniejsze roboty nie zostały wykonane prawidłowo. Zasadnie podniósł przy tym wykonawca IDS-BUD, że odnosi się on do prac mających zwiększyć funkcjonalność obiektu i do terminów podanych w pkt 13 protokołu. Dodatkowo, Izba uznała wartość dowodową złożonego przez wykonawcę

IDS-BUD wyciągu z umowy, zawierającego definicję stosowane na potrzeby jej realizacji. Odbiór końcowy robót został zdefiniowany, jako odbiór dokonany w formie protokołu odbioru końcowego uzgodnionego pomiędzy Stronami Umowy, polegający na uznaniu, że Wykonawca wykonał Przedmiot Umowy zgodnie z postanowienia Umowy. Złożony przy wykazie robót protokół jest właśnie protokołem odbioru końcowego. Postanowienia stron, zawarte w pkt 7, mówiącym o protokole odbioru końcowego bez zastrzeżeń, nie podważają tego, że złożony protokół mógł zostać uznany za dokument potwierdzający należyte wykonanie najważniejszych robót. W powołanym pkt 7, strony wskazały, że jedynie, gdy wady będą istotne to nie jest dopuszczalne sporządzenie m.in. protokołu odbioru końcowego. Natomiast, w przypadku stwierdzenia wad nieistotnych, strony określają te wady wraz z terminem ich usunięcia. Ustalenia z pkt VIII protokołu mogły więc zostać uznane, najwyżej, jako wady nieistotne, co w perspektywie treści wymogu Zamawiającego (zgodnie, z którym złożony dowód miał odnosić się do najważniejszych robót), nie dyskwalifikowało tego dokumentu, jako potwierdzającego należyte wykonanie najważniejszych robót, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Odnosnie zarzutów dotyczących warunku z pkt V.1.2.2 ppkt 2) SIWZ, Izba powtarza argumentacją przedstawioną przy ocenie odwołania wykonawcy Mostostal (sygn. akt KIO 1882/15). Odwołującemu nie była znana treść dokumentów złożonych przy piśmie z dnia 27 lipca 2015 r. Zarzuty odnoszące się do zobowiązania Altis-Holding, które nie było ostatecznie brane pod uwagę przez Zamawiającego, przy ocenie spełniania warunków udziału w

72

postępowaniu, Izba uznała za nieaktualne. Nie zasługiwało, w ocenie Izby, na uwzględnienie także stanowisko Odwołującego, że gdyby uzupełniony dokumentów dotyczył doświadczenia innego podmiotu, to wobec oświadczenia zawartego w ofercie, iż to Altis-Holding będzie podwykonawcą, nie było możliwości zamiany podmiotu udostępniającego zasoby na inny. W ramach uzupełnienia wykonawca IDS-BUD złożył zobowiązanie innego podmiotu, niż podmiot wskazany w zobowiązaniu złożonym przy ofercie. Wskazanie tego nowego podmiotu nie mogło skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp. Nie czyniło oferty, ani niezgodnej z ustawą, ani nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący w ogóle nie wskazał tych odrębnych przepisów, które przewidywałyby sankcję nieważności oferty. Odwołujący poczynił własne założenie, że wykonawca IDS-BUD nie dysponował udostępnionym zasobem na dzień składania ofert, wskazując jednocześnie, że doświadczenie życiowe nakazuje krytycznie ocenić przyjęty przez IDS-BUD sposób działania.

W ocenie Izby, wykonawca IDS-BUD mógł w ramach uzupełnienia dokumentów wskazać na zasoby posiadane od podmiotu trzeciego i nie wyłączał tej możliwości jedynie fakt, że był to podmiot inny od tego pierwotnie wskazanego. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. W związku z otrzymanym wezwaniem wykonawca IDS-BUD dysponował prawem uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu – istotnym było jedynie to, czy dokumenty te potwierdzają spełnienie warunków nie później niż w dniu składania ofert. Jak wskazano wcześniej, analiza treści tych dokumentów nie pozwalała na wniosek, by zasoby nowego podmiotu nie były udzielone najpóźniej na ww. dzień – innymi słowy, brak było podstaw do uznania, że dopiero po wezwaniu Zamawiającego wykonawca IDS-BUD podjął działania w celu pozyskania zasobu od podmiotu wskazanego w dokumentach złożonych przy piśmie z dnia 27 lipca 2015 r., a tym samym, że na dzień składania ofert zasobem tym nie dysponował. Doświadczenie życiowe, do którego odwołał się Odwołujący, może niewątpliwie stanowić źródło krytycznej

73

oceny prawdopodobieństwa jednoczesnego pozyskiwania zasobu z dwóch źródeł, gdy w ofercie wskazywany jest jeden podmiot, a drugi dopiero w ramach uzupełnienia dokumentów. Dla uznania za przesądzającą argumentacji referującej do doświadczenia życiowego rozstrzygające są jednak każdorazowo indywidualne okoliczności danej sprawy. W niniejszym stanie faktycznym, Izba nie znalazła podstaw, by jedynie w oparciu o doświadczenie życiowe przypisywać wykonawcy IDS-BUD pozyskiwanie zasobu dopiero po dniu składania ofert. Różnego rodzaju kwestie, racjonalne także w świetle doświadczenia życiowego, mogły wpłynąć na kształt oferty ww. wykonawcy, chociażby to, że współpraca z drugim podmiotem została objęta tajemnicą, za której ujawnienie przewidziano bardzo wysokie kary pieniężne. W związku z powyższym, Izba – patrząc na daty złożonych dokumentów, w tym datę porozumienia zawartego między IDS-BUD, a podmiotem udostępniającym zasób – nie miała podstaw do uznawania, że w dacie złożenia oferty, zobowiązanie złożone w ramach uzupełnienia nie istniało. To, że wykonawca podał w ofercie, że całość wykona poprzez podwykonawców nie oznacza też, że jedynym podwykonawcą mógł być ten wskazany w pkt 3 załącznika nr 4. Należy przy tym wskazać, że nawet ten podwykonawca, wskazany w pkt 3 załącznika nr 4, zobowiązał się do realizacji części zamówienia.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut dotyczący naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ceny ofert złożonych w postępowaniu kształtowały się na następującym poziomie:

1. wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie – 69.640.597,56 zł;
2. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie – 61.346.145,57 zł;
3. wykonawca Warbud S.A. z siedzibą w Warszawie – 68.343.913,41 zł;
4. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, Ed. Zueblin AG – 64.487.785,00 zł;

5. wykonawca IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie – 60.968.093,11 zł; 6. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Inso Sistemi per le

Infrastrutture Sociali S.p.A., NDI S.A., Ergon Projects Limited – 68.219.565,18 zł;

7. wykonawca Astaldi S.p.a. z siedzibą w Rzymie – 68.847.065,93 zł.

Wartość szacunkowa niniejszego przedmiotu zamówienia została przez Zamawiającego określona we wniosku nr 51/ZP/15 z dnia 24 marca 2015 r. (w aktach sprawy) i jest to kwota: 62 164 399,96 zł netto (14 713 815,7 euro). W tej wartości Zamawiający przewidział wartość zamówień uzupełniających na kwotę: 10 360 733,33 zł (2 452 302,62 euro), co w efekcie daje wartość: 51 803 666,63 zł netto zamówienia podstawowego, a po powiększeniu tej kwoty o wartość podatku VAT (23%) ustalona została wartość przedmiotu

zamówienia na kwotę: 63 718 509,95 zł brutto (por. także uzasadnienie wyroku z dnia 7 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1586/15).

Rozpoznając zarzuty Odwołującego, w zakresie wyznaczonym okolicznościami faktycznymi wskazanymi w podstawie zarzutów, Izba nie stwierdziła, by cena oferty wykonawcy IDS-BUD była ceną rażąco niską.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje jednak, że nie zaistniały przesłanki do uznania naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wyjaśnienia wykonawcy IDS-BUD oraz złożone wraz z nimi dowody nie mogą być uznane za materiał, który potwierdzałby, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Pismem z dnia 15 lipca 2015 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę IDS-BUD do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że oczekuje, by Odwołujący wyjaśnił, iż cena oferty obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w szczególności z podaniem sposobu kalkulacji oraz wartości takich elementów jak:

- 1) koszt zatrudnienia potencjału osobowego wraz z podaniem stawki roboczogodziny,
- 2) koszt utrzymania kadry zarządzającej,
- 3) koszt pracy sprzętu i środków transportu wraz ze wskazaniem informacji określającej podstawę do dysponowania nimi (np. własny, najem, dzierżawa, użyczenie),
- 4) koszt zakupu materiałów podstawowych i pomocniczych niezbędnych do realizacji

- przedmiotu zamówienia,
- 5) koszt dostarczenia materiałów podstawowych i pomocniczych z miejsca zakupu na plac budowy,
 - 6) koszty związane z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wszystkich niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku zaświadczeń właściwych jednostek i organów, w szczególności Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego, Wojskowego Ośrodka Medycyny Prewencyjnej w Modlinie, Delegatury Wojskowej Ochrony Przeciwpożarowej, Państwowej Agencji Atomistyki,
 - 7) koszty związane z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku,
 - 8) koszty pośrednie (inne koszty wykonawcy), na które składają się koszty ogólne budowy,

75

- 9) koszty ubezpieczenia przedmiotu zamówienia.

W odpowiedzi, pismem z dnia 22 lipca 2015 r., wykonawca IDS-BUD, przedstawił wyjaśnienia, odnosząc się przy tym do poszczególnych punktów wezwania, jak również złożył obszerny materiał dowodowy (oferty), celem potwierdzenia realności przyjętej w ofercie kalkulacji ceny. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia są rzeczowe, kompleksowe i poparte zostały obiektywnym materiałem dowodowym. Wykonawca zastosował się przy tym do zakresu wezwania Zamawiającego. Należy w tym miejscu podkreślić, że Zamawiający nie wzywał do złożenia wszystkich ofert, będących podstawą kalkulacji.

Zamawiający określił, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie miało charakter ryczałtowy. W § 19 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ), Zamawiający przewidział, że „1. Strony ustalają ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z ofertą, którego definicję określa art. 632 Kodeksu cywilnego (...). 2. Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1, obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z wykonaniem umowy. Niedoszacowanie, pominięcie lub brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego, określonego w ust. 1 (...). Tożsamy zapis został wprowadzony w pkt XII.2 SIWZ.

Przy ryczałtowych charakterze wynagrodzenia wykonawca dysponuje większą swobodą w budowaniu ceny finalnej oferty. Na marginesie można jedynie zwrócić uwagę, że zapisy dotyczące niedoszacowania, pominięcia lub braku rozpoznania zakresu przedmiotu umowy, mogą świadczyć o tym, że Zamawiający niejako zaakceptował możliwość zaistnienia tego rodzaju zdarzenia w ofercie wykonawcy, nie czyniąc niedoszacowania, pominięcia czy braku rozpoznania, powodem do oceny rażącego zaniżenia ceny, czy powodem do uznania, że oferent nie zobowiązuje się ostatecznie do wykonania całego przedmiotu zamówienia – przerzucając jedynie ryzyko wystąpienia tego rodzaju zdarzeń na wykonawcę, który i tak w ramach wynagrodzenia ryczałtowego musi wykonać całość przedmiotu zamówienia. Powyższe zostało wskazane jedynie tytułem uwagi, gdyż nie stanowiło to podstawy rozstrzygnięcia Izby. Podstawa ta wynika z błędnego kierunku argumentacji Odwołującego, w tym braku udowodnienia postawionych zarzutów. Izba wskazuje bowiem, że w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, kluczową była ocena ceny globalnej oferty. Odwołujący skupił się natomiast na wąskim, wybranym zakresie przedmiotu zamówienia i dążył do uznania ceny globalnej za rażąco zaniżoną jedynie przez pryzmat kilku wyselekcjonowanych pozycji. Odwołujący nie przedstawił natomiast dowodów, że cena oferty, jako cena globalna jest ceną nierealistyczną. Odnośnie rozkładu ciężaru dowodowego to zgodnie z art. 190 ust. 1a Pzp, ciężar dowodu, że

76

oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Przepis art. 190 ust. 1a Pzp, wprowadza w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, co nie zmienia reguły, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku (por. wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2015 r., sygn. akt KIO 561/15). Odwołujący stawiając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp,

winien więc wykazać w pierwszej kolejności podstawy, które uzasadniałyby twierdzenie, że cena globalna oferty jest ceną rażąco zaniżoną. Nie jest w tym zakresie wystarczające zakwestionowanie kilku wyselekcjonowanych pozycji, zwłaszcza gdy cena ma charakter ryczałtowy, a wykonawca nie miał obowiązku sporządzania szczegółowej wyceny swojej oferty (dysponujący jednocześnie swobodą w budowaniu ceny globalnej oferty, w tym możliwością przesunięć czy rozkładania kosztów w ramach wewnętrznej struktury wyceny oferty). W konsekwencji Izba nie uznała dowodów złożonych przez Odwołującego (w tym zestawienia) za wartościowy materiał, który mógłby stanowić podstawę do wnioskowania o rażącym zaniżeniu ceny globalnej oferty wykonawcy IDS-BUD.

Mając powyższe na uwadze, Izba stanęła na stanowisku, że skupienie się na kilku wybranych pozycjach nie mogło być w tej sprawie miarodajne dla oceny całości ceny. Skupienie się na wąskim zakresie zamówienia i czynienie wyselekcjonowanych elementów podstawą dla uznania, że cena całej oferty jest rażąco niska, a tym samym, że nie jest możliwe, by w graniach tej ceny należycie wykonać zamówienie, prowadziłoby do wniosków obarczonych błędem i wypaczających rzetelność wyceny całości zamówienia.

Izba podziela pogląd zawarty m.in. w wyroku SO w W-wie z dnia 17 czerwca 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 268/15, że przy realizacji bardzo złożonych inwestycji, jak ta objęta tym postępowaniem, ustalenie bezwzględnej minimalnej granicy, poniżej której cena jest rażąco niska, jest niezwykle trudne. Dlatego w sprawach tego typu niezwykle istotne jest wyważone podejście do oceny różnych aspektów związanych z kwalifikacją ceny, jako rażąco niskiej. Punktem wyjścia do kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej winny być przede wszystkim: 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia, 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców, 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia. W sytuacji złożonych i dość skomplikowanych przedmiotów zamówienia, tylko łączna, wyważona ocena przedstawionych powyżej przesłanek może prowadzić do prawidłowej oceny zagadnienia rażąco niskiej ceny.

77

Kierując się tymi dyrektywami Izba nie uznała, by zaistniały podstawy do uznania rażącego zaniżenia ceny. Cena wykonawcy IDS-BUD jest niewiele niższa od szacunków Zamawiającego. To, że Zamawiający szacował wartość zamówienia na poziomie minimalnym, co zostało potwierdzone w sprawie o sygn. akt KIO 1586/15, nie oznacza jednocześnie, że wszystkie ceny poniżej tych szacunków są cenami rażąco zaniżonymi, jak również nie oznacza tego, że wykonawcy działający na rynku nie mają możliwości uzyskania większych upustów, rabatów lub korzystniejszych warunków handlowych, niż te, które zostały uwzględnione w ramach szacunków Zamawiającego. Istotne jest wykazanie, że wykonawca dysponuje możliwością zaoferowania niższej ceny, a więc wykazanie, że cena ta jest realna. W niniejszej sprawie wezwany wykonawca potwierdził to złożonymi wyjaśnieniami i dowodami, które zostały dostosowane do zakresu wezwania Zamawiającego. Ceny ofert złożonych w tym postępowaniu można natomiast podzielić na dwie grupy (ceny na poziomie 68-69 mln zł i ceny na poziomie ok. 61-64 mln zł). Brak było podstaw do uznania, że jedynie ceny oscylujące przy tych wyższych wartościach są cenami rynkowymi. Odwołujący zarzucił, że cena oferty IDS-BUD została niedoszacowana na kwotę ok. 5,66 mln zł. Według wyliczeń Odwołującego cena oferty IDS-BUD, by mogła zostać uznana za cenę realną, winna więc sięgać wartości ok. 66,5 mln zł. Warto wskazać, że w postępowaniu złożono także ofertę na cenę 64.487.785,00 zł (konsorcjum Strabag), co do której Odwołujący nie stawiał zarzutu rażącego zaniżenia. Reasumując, cena oferty wykonawcy IDS-BUD jest niższa niż szacunki Zamawiającego i ceny pozostałych ofert, nie jest to jednak cena, która cechowałaby się rażącym zaniżeniem. Odwołujący bynajmniej nie wykazał podstaw do uznania, że cena globalna oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest ceną nierealną.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba wskazuje, że zarzut nie został w ogóle udowodniony. Odwołujący wywodził go w zasadzie z przyjętego założenia o niewycenieniu pewnych elementów. Jest to w ocenie Izby chybotliwy kierunek argumentacji. Odwołujący nie wskazał też z jakim konkretnym zapisem specyfikacji oferta miała by pozostawać niezgodna. Wykonawca nie musiał w tym postępowaniu przedstawiać szczegółowej wyceny więc nie sposób uznawać za przekonujące twierdzenia, że czegoś nie wycenił. Własne zaś tezy Odwołującego o niewycenieniu pewnych elementów nie były dla Izby wystarczające dla uznania, że wykonawca oferuje jedynie częściowe wykonanie zadań, a

więc, że jego zobowiązanie jest niepełne w stosunku do wymogów specyfikacji i zakresu przedmiotu zamówienia.

78

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy Mostostal:

Pismem z dnia 15 lipca 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, wezwał wykonawcę Mostostal do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że oczekuje, by Odwołujący wyjaśnił, iż cena oferty obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w szczególności z podaniem sposobu kalkulacji oraz wartości takich elementów jak:

- 1) koszt zatrudnienia potencjału osobowego wraz z podaniem stawki roboczogodziny,
- 2) koszt utrzymania kadry zarządzającej,
- 3) koszt pracy sprzętu i środków transportu wraz ze wskazaniem informacji określającej podstawę do dysponowania nimi (np. własny, najem, dzierżawa, użyczenie),
- 4) koszt zakupu materiałów podstawowych i pomocniczych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia,
- 5) koszt dostarczenia materiałów podstawowych i pomocniczych z miejsca zakupu na plac budowy,
- 6) koszty związane z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego wszystkich niezbędnych do uzyskania pozwolenia na użytkowanie budynku zaświadczeń właściwych jednostek i organów, w szczególności Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego, Wojskowego Ośrodka Medycyny Prewencyjnej w Modlinie, Delegatury Wojskowej Ochrony Przeciwpożarowej, Państwowej Agencji Atomistyki,
- 7) koszty związane z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego prawomocnej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie budynku,
- 8) koszty pośrednie (inne koszty wykonawcy), na które składają się koszty ogólne budowy,

9) koszty ubezpieczenia przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi, pismem z dnia 21 lipca 2015 r., wykonawca przedstawił wyjaśnienia,

odnosząc się przy tym do poszczególnych punktów wezwania, jak również złożył materiał dowodowy (oferty podwykonawców, tabelę kosztów pośrednich i bezpośrednich budżetu kontraktu), celem potwierdzenia realności przyjętej w ofercie kalkulacji ceny. W ocenie Izby złożone wyjaśnienia są rzeczowe, kompleksowe i poparte zostały obiektywnym materiałem dowodowym. Wykonawca zastosował się przy tym do zakresu wezwania Zamawiającego.

W ocenie Izby, nie zaistniały żadne rzeczowe i obiektywne przesłanki do uznania, by złożone wyjaśnienia uznać za materiał potwierdzający rażące zaniżenie ceny oferty. Nie doszło w konsekwencji do naruszenia art. 90 ust. 3 Pzp.

79

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Izba powtarza w tym miejscu, w całej rozciągłości, argumentację i motywy wskazane przy omówieniu tożsamego zarzutu przy ofercie wykonawcy IDS-BUD (podobnie, w odniesieniu do dowodów złożonych przez Odwołującego). Jedynie dodatkowo, należy podkreślić, że cena wykonawcy Mostostal była wyższa od ceny wykonawcy IDS-BUD. Konsekwentnie, wobec braku uznania rażącego zaniżenia ceny oferty wykonawcy IDS-BUD, Izba nie stwierdziła, by cena wyższa od ceny tej oferty mogła być ceną rażąco niską. Izba krytycznie oceniła wartość materiału dowodowego, ograniczającego się w ramach tego zarzutu do wyselekcjonowania dwóch pozycji (Instalacje elektryczne, przesłona filtracyjna) i własnych twierdzeń Odwołującego o braku tych elementów w wycenie oferty wykonawcy Mostostal. Podobnie Izba oceniła złożone porównanie – wyjaśnień wykonawcy Mostostal do danych ujętych w odwołaniu Warbud S.A., które tym bardziej nie mogło zostać uznane za rzeczowy materiał dowodowy, gdy weźmie się pod uwagę fakt, że tylko w ramach jednej pozycji Odwołujący odniósł się do szacunków zamawiającego. Izba nie uznała ponadto wartości dowodowej złożonych sprawozdań finansowych. Wykonawca Mostostal S.A. złożył przy tym przekonujące i rzeczowe wyjaśnienia dotyczące poziomu założonego zysku. Izba podzieliła stanowisko tego wykonawcy, że zestawienie przez Odwołującego przewidywanego zysku z tej inwestycji na poziomie 2% z osiągniętymi zyskami za rok 2014 (6,57% i 7,58%) są z założeniami błędnymi, gdyż te wartości są ze sobą

nieporównywalne. Nie można bowiem porównywać wartości zysku uzyskanych łącznie ze wszystkich kontraktów w danym roku z przewidywaną wartością zysku z jednego kontraktu. Takie zestawienie jest niemiarodajne, a tym samym nie można na tej podstawie wysnuwać wniosku i stawiać zarzutu o zaniżeniu kalkulacji.

W zakresie motywów nie uznania zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba powtarza w całej rozciągłości, argumentację wskazaną przy omówieniu tożsamego zarzutu przy ofercie wykonawcy IDS-BUD. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz w

zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania, pomimo iż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i złożył nieprawdziwe informacje w tym zakresie, Izba podkreśla na wstępie, że zarzut dotyczący nieprawdziwych informacji, co do inwestycji w Kielinie, należało uznać za przedwczesny, a co do inwestycji w Gdańsku za niepotwierdzony. Podobnie Izba uznała odnośnie zarzutu dotyczącego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Izba uznała natomiast, że w ramach tego zarzutu mieści się zarzut nieprzeprowadzenia w sposób należyty weryfikacji oferty wykonawcy Mostostal – przy czym odnosi się to tylko do wykazywanego doświadczenia na inwestycji w Kielinie. Odnośnie zaś doświadczenia na

80

inwestycji w Gdańsku, Przystępujący Mostostal złożył przekonujące dowody na to, że podana w wykazie osoba pełniła tam funkcję kierownika robót sanitarnych.

Zgodnie z pkt V.1.3.3 SIWZ, Zamawiający wymagał dysponowania kierownikiem robót sanitarnych, posiadającym: a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, c) minimum 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych, d) doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o wartości, co najmniej 30 000 000 zł brutto.

Istota sporu sprowadzała się w zakresie tego zarzutu do ustalenia, czy wskazany przez wykonawcę Pan J. F., legitymuje się wymaganym 5 letnim doświadczeniem w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych. Odwołujący, wskazując na dwie inwestycje, na których, jak podnosił w odwołaniu, ww. osoba miała nie pełnić przedmiotowej funkcji, dowodził zarówno brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jak i złożenie nieprawdziwych informacji.

W wykazie osób złożonym przy ofercie wykonawca Mostostal podał, w odniesieniu do stanowiska kierownika robót sanitarnych, Pana J. F. . W ramach doświadczenia zawodowego ww. osoby, podano m.in. inwestycję „Budowa sieci sanitarnych na budowie Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku” oraz inwestycję „Budowa zbiornika wody Kiełpino wraz z przebudową przepompowni Migowo i budową magistrali łączącej zbiorniki Kiełpino z gdyńskim systemem wodociągowym”. W toku postępowania przez Zamawiającym, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu wątpliwości, co do wykonywania funkcji kierownika robót sanitarnych przez ww. osobą na wskazanych inwestycjach. Odwołujący złożył jednocześnie Zamawiającemu kopię dzienników budowy. Pismem z dnia 12 sierpnia 2015 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4

Pzp, zwrócił się do wykonawcy Mostostal o wyjaśnienie, czy kierownik robót sanitarnych p. J. F., pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych w ramach inwestycji podanej w wykazie osób tj. „Budowa sieci sanitarnych na budowie Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku”. Zamawiający nie wzywał do wyjaśnień w zakresie pełnienia przez ww. osobę funkcji kierownika robót sanitarnych na drugiej ze wskazanych powyżej inwestycji.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2015 r., wykonawca Mostostal wyjaśnił, że Pan J. F., działając z ramienia firmy podwykonawczej, bezspornie pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych i wchodził w skład zespołu tej branży na wymienionej inwestycji. Dla potwierdzenia powyższego złożono wraz z wyjaśnieniami oświadczenie, kierownika budowy tej inwestycji (z

81

firmy Odwołującego), w którego treści wskazano, że Pan J. F. pracował na ww. budowie jako pracownik firmy Korpos Sp. z o.o. (będącej podwykonawcą firmy Warbud S.A.) na stanowisku kierownika robót sanitarnych z ramienia tej firmy.

Biorąc pod uwagę materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym referencję osobistą złożoną przez wykonawcę Mostostal S.A., Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do uznania stanowiska Odwołującego, a więc uznania, że ww. osoba nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych na inwestycji „Budowa sieci sanitarnych na budowie Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku”, jak również do uznania, by wykonawca Mostostal złożył w tym zakresie nieprawdziwe informacje.

Argumentacja Odwołujący została oparta na dziennikach budowy dotyczących ww. inwestycji, w których p. J. F. nie został wpisany, jako kierownik robót sanitarnych. Fakt, że osoba ta nie widniała w przedmiotowych dokumentach pozostawał oczywisty i bezsporny. Między tym faktem i stwierdzeniem, że ww. osoba rzeczywiście nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych na ww. inwestycji nie można jednak postawić znaku równości. To, że dana okoliczność nie została ujęta w dzienniku budowy nie oznacza automatycznie, że nie miała ona miejsca w rzeczywistości. W tym przypadku, fakt nie wpisania ww. osoby do dziennika budowy nie oznaczał, że osoba ta nie pełniła funkcji kierownika robót sanitarnych. Odwołujący podkreślał szczególną moc dowodową dziennika budowy (jako dokumentu urzędowego). W związku z powyższym, Izba wskazuje w pierwszej kolejności, że dziennik budowy nie korzysta ze szczególnej mocy dowodowej. Wskazał na to Sąd Najwyższy w wyroku z 18 lutego 2015 r., sygn. akt I CSK 107/14, w tezie którego wskazano, że „Dziennik budowy pozbawiony jest cech dokumentu urzędowego, nie tylko w rozumieniu art. 244 k.p.c. czy art. 76 § 1 k.p.a., ale także jako posiadającego moc takiego dokumentu”. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wywiódł, że „dziennik budowy wskazany w art. 45 ust. 1 prawa budowlanego, co do zasady nie stanowi dokumentu urzędowego w rozumieniu art. 244 k.p.c.; nie korzysta również z mocy dowodowej takiego dokumentu. Urzędowy charakter dziennika budowy przejawia się tylko w tym,

że

właściwy organ wydaje inwestorowi odpowiednio przygotowany i sformalizowany wzorzec tego dokumentu, który jest wypełniany treścią w toku procesu budowlanego. Zaprezentowany punkt widzenia rodzi dalsze konsekwencje prawne. Po pierwsze, wpisy w dzienniku budowy stanowią dokument prywatny, który - w myśl art. 245 k.p.c. - stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Korzysta zatem tylko z domniemania autentyczności, czyli domniemania, że wpisy w nim dokonane pochodzą od określonych podmiotów”.

Skład orzekający podziela ten pogląd. Tym samym należało przyjąć wniosek, że dowody składane przez Przystępującego mają taką samą moc dowodową, jak dzienniki

82

budowy i można na ich podstawie ustalać, kto pełnił funkcję kierownika robót sanitarnych. Skoro zaświadczył o tym kierownik ww. budowy – oświadczający w referencji osobistej, że ww. osoba kierowała robotami sanitarnymi na tej budowie – który widnieje w dzienniku budowy, to Izba nie miała żadnych podstaw, by oświadczenia te odrzucać tylko z uwagi na to, że pewne fakty nie znalazły odzwierciedlenia w treści dziennika budowy. Złożone dowody, w tym wskazana referencja osobista, nie pozostawiały także wątpliwości, że podana w wykazie osoba pełniła funkcję kierownika robót sanitarnych, a nie zajmowała tylko stanowisko kierownika robót sanitarnych. Skład orzekający podziela przy tym stanowisko przedstawione w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 405/10, gdzie wskazano, że „Brak wpisu w dzienniku budowy osoby do pełnienia funkcji kierownika określonych robót co najwyżej może mieć znaczenie dla kwestii odpowiedzialności, a zasadniczo jej braku w odniesieniu do takiej osoby, nie deprecjonuje natomiast samej możliwości faktycznego pełnienia takiej funkcji na budowie i uzyskania z tego tytułu doświadczenia zawodowego. Brak wpisu w dzienniku budowy i faktyczne pełnienie określonej funkcji na budowie może stanowić podstawę dla właściwych organów do ewentualnej weryfikacji czynności formalnych związanych z prowadzeniem dziennika budowy na danym obiekcie, nie może zaś być traktowane w kontekście negowania wykonywanych tam w charakterze kierownika robót określonych czynności przez daną osobę i uzyskanego przez nią w ten sposób doświadczenia zawodowego”.

Izba wskazuje ponadto, że Zamawiający nie wymagał w treści specyfikacji wykazania się doświadczeniem potwierdzonym wpisami do dziennika budowy. Nie ma takiego zastrzeżenia w treści SIWZ, a dokonywanie interpretacji zawężającej na tym etapie postępowania należało uznać za niedopuszczalne. Jeżeli nawet Zamawiający kierował się takimi intencjami to nie dał im jednoznacznego wyrazu w treści specyfikacji i nie można uznać, by wykonawca mógł teraz ponosić negatywne konsekwencje z tego tytułu.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących wykonawcy Konsorcjum Strabag:

W zakresie zarzutów uwzględnionych Izba wskazała na konieczność weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2.2 pkt 2) SIWZ oraz pkt V.1.3.1. SIWZ. Kwestie te będą przedmiotem dalszych wyjaśnień i ustaleń Zamawiającego. W związku z powyższym zarzut, że konsorcjum Strabag potwierdzając, że wskazana robota spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, dopuściło się złożenia nieprawdziwych informacji, Izba uznała za zarzut przedwczesny. Sam Odwołujący wskazał

83

przy tym, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia wątpliwości, które Odwołujący sygnalizował mu w tym zakresie jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

W zakresie nieuwzględnionych zarzutów z odwołania o sygn. akt KIO 1903/15:

W odniesieniu do oferty wykonawcy IDS-BUD.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba wskazuje, że Odwołującemu nie była znana treść pisma wykonawcy IDS-BUD z dnia 27 lipca 2015 r. Wykonawca zaś wykonał to wezwanie i wskazał na podmiot, z którego zasób korzysta w celu wykazania spełnienia warunków udziału. Wykonawca złożył także wykaz robót dotyczący roboty budowlanej opisanej w pkt V.1.2.2. SIWZ. Wywodzenie braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu jedynie z treści wykazu złożonego pierwotnie przy ofercie, oraz z ujawnionej części wykazu złożonego w ramach uzupełnienia, było chybione. To, że podane w tych dokumentach inwestycje, tj. „Przebudowa budynku szpitala oraz rozbudowa istniejącego budynku dawnego Szpitala Sióstr Elżbietanek w Warszawie (...)” oraz „Rozbudowa Śląskiego Centrum Chorób Serca w Zabrzu (...)” nie referowały do warunku z pkt V.1.2.2 SIWZ, nie oznacza, że wykonawca nie podał roboty budowlanej na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Z akt sprawy wynika, że tego rodzaju zadanie zostało wskazane, jednak objęte zostało tajemnicą przedsiębiorstwa.

Izba nakazała odtajnienie tych dokumentów we wskazanym wcześniej zakresie, tak więc inni wykonawcy, w tym Odwołujący, będą mogli poznać, jakie dokumenty i o jakiej treści były ostatecznie podstawą weryfikacji Zamawiającego i w dalszym toku postępowania, w zależności od decyzji Zamawiającego, będą mogli ewentualnie podnosić zarzuty, co do tych dokumentów. Na tym etapie zarzut dotyczący niespełnienia warunku z rozdziału V pkt 1.2.2. SIWZ nie mógł odnosić się do robót wskazanych w pierwotnym wykazie, był zarzutem w istocie hipotetycznym i przedwczesnym, bo Odwołujący nie znając treści uzupełnionych dokumentów nie mógł wywodzić, że dokumenty te nie potwierdzają określonych wymogów. Sam Odwołujący wskazał w odwołaniu, że uczestnicy postępowania nie byli w stanie zweryfikować, czy wykonawca IDS-UD wykazał spełnienie warunku opisanego w punkcie V.1.2.2 SIWZ.

W odniesieniu do oferty wykonawcy Mostostal.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mostostal z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.3.3 SIWZ, Odwołujący odniósł swój zarzut do pełnienia funkcji

84

kierownika robót sanitarnych na inwestycji „Budowa sieci sanitarnych na budowie Bałtyckiego Centrum Biznesu w Gdańsku”. W tym zakresie Izba odwołuje się do motywów wskazanych w ramach omówienia tożsamego zarzutu z odwołania wykonawcy Warbud (KIO 1900/15). Za stanowiskiem wykonawcy Mostostal przemawiały dodatkowo złożone w ramach tego odwołania dowody w postaci świadectwa pracy i oświadczenia pracodawcy o pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych na ww. inwestycji. Dokumenty te korespondowały z dowodami zgromadzonymi w sprawie KIO 1900/15 i Izba uznała w pełni ich wartość dowodową.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mostostal z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.3.2 SIWZ, Izba wskazuje, że zgodnie z przywołanym punktem Zamawiający wymagał dysponowania kierownikiem robót budowlanych posiadającym: a) wykształcenie wyższe techniczne, b) uprawnienia budowlane do kierowania robotami

budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, minimum 5 letnie doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych, d) doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót budowlanych przy budowie lub przebudowie budynku szpitala lub zakładu opieki medycznej (wg Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych należących do klasy 1264) o wartości robót co najmniej 50 000 000 zł brutto.

Wykonawca Mostostal w złożonym przy ofercie wykazie osób wskazał na ww. stanowisko Pana J. K., podając w ramach posiadanego doświadczenia pełnienie funkcji kierownika robót budowlanych w ramach budowy Śląskiego Ośrodka Kardiologii w Katowicach w latach 1982-1983, o wartości 62.922.177,80 zł brutto. Odwołujący wskazał, że Zamawiający żądał podania wartości robót budowlanych, zaś wykonawca podał wartość inwestycji, która zawsze obejmuje koszt wykonania robót budowlanych i instalacji (z zakupem) wyposażenia. W ocenie Odwołującego brak jest podstaw do uznania, że w podanej wartości inwestycji wartość robót budowlanych stanowiła wymaganą w specyfikacji kwotę 50.000.000,00 zł. W toku rozprawy Odwołujący podniósł dodatkowo wątpliwości, co do samej kwoty (z uwagi na zrealizowanie inwestycji w latach 80-tych), w tym to, że nie jest wiadomym, w jaki sposób kwota ta została wyliczona i przeliczona (czy jest to kwota przed czy po denominacji).

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, że Odwołujący w żaden sposób nie udowodnił stawianych tez, ani wątpliwości. Samo podniesienie twierdzenia, że oferta innego wykonawcy nie potwierdza warunków udziału w postępowaniu lub, że złożone w niej oświadczenia powinny budzić wątpliwości, nie czyni zadość obowiązkom wynikającym z rozkładu ciężaru dowodowego. Oświadczenia wykonawcy Mostostal, jak i złożone dowody, są jasne i nie ma tu wątpliwości, co do tego, czy wartości podane są po czy przed denominacją, jak i nie ma wątpliwości, co do tego, że wartości te dotyczą robót budowlanych. Izba uznała

85

wartość dowodową złożonych oświadczeń (w tym kierownika budowy ww. inwestycji), które jednoznacznie potwierdziły, że w zakres inwestycji nie wchodziła dostawa i montaż sprzętu, które były realizowane przez inwestora odrębnymi zleceniami, jak również potwierdziły, że wielkość robót dla całej inwestycji wg cen obecnych należy wyceniać na kwotę rzędu ok. 150.000.000,00 zł. Wykonawca Mostostal przedstawił przy tym rzeczowe wyjaśnienia, że podana w wykazie kwota odnosiła się (wg cen obecnych) do jednego z budynków wchodzących w skład całej inwestycji. Izba nie znalazła żadnych podstaw, by uznać oświadczenia wykonawcy za nie rzetelne bądź nie prawdziwe. Odwołujący bynajmniej nie przedstawił dowodów, które ten kierunek wnioskowania by uprawniały.

Izba krytycznie oceniła także ostatni zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Mostostal z uwagi na nie wykazanie spełnienia warunku udziału z pkt V.1.2.2 SIWZ.

Wykonawca w wykazie robót budowlanych złożonym przy ofercie wskazał dla potwierdzenia ww. warunku, wykonanie zadania dotyczącego budowy Szpitala San Juan de Dios de Cordoba.

Pismem z dnia 22 lipca 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.: 1) dowodów (poświadczeń lub innych dokumentów) dotyczących ww. roboty budowlanej, określających czy robota została wykonana w sposób należyty oraz wskazujących, czy została wykonana zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. 2) pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu.

W odpowiedzi wykonawca Mostostal złożył zaświadczenie wraz z tłumaczeniem potwierdzające należyte wykonanie zadania. W złożonym certyfikacie wskazano, że Acciona Infraestructuras SA działając w imieniu spółki celowej Hospital San Juan De Dios U.T.E (Acciona – Dalkia) była wykonawcą inwestycji pn. „Rozbudowa Szpitala San Juan De Dios Cordoba”, wszystkie prace zrealizowane w terminie zgodnym z założonym harmonogramem, wszystkie prace wykonano z zachowaniem należytej staranności i terminowości. Certyfikat został podpisany przez Pana A. R. A. . Jednocześnie, wykonawca złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia nabytego w trakcie realizacji ww. inwestycji udzielone przez Acciona Infraestructuras SA. W treści zobowiązania wskazano, że osobą oddelegowaną przez udostępniającego zasób będzie m.in. inżynier A. R. A. (specjalista w zarządzaniu projektami – menadżer projektu).

Izba nie uznała twierdzeń Odwołującego, że podmiot udostępniający zasób wykonawcy Mostostal dokonał samodzielnie, samemu sobie, potwierdzenia należytego wykonania prac. Izba dostrzega fakt, że w złożonym przy ofercie protokole odbioru ww. osoba została wskazana w odniesieniu do firmy budowlanej, co mogło wzbudzać podejrzenie, że osoba ta wystawiając następnie referencje poświadczała prace, które ta firma budowlana wykonywała. Ostatecznie jednak, zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, nie pozwalał na przyjęcie stanowiska Odwołującego.

Przed wszystkim, wykonawca Mostostal wskazał na okoliczność, iż ww. osoba działała z ramienia spółki celowej, powołanej do realizacji tej inwestycji, ale nie do samej budowy. W protokole odbioru końcowego nazwę Hospital San Jian De Dios U.T.E, opatrzone adnotacją – Tymczasowe Zrzeszenie Przedsiębiorców. Koresponduje to z argumentacją Przystępującego. Odwołujący nie przedstawił jednocześnie dowodów lub argumentacji, które nakazywałyby odrzucenie wyjaśnień Przystępującego, w tym odrzucenie twierdzeń, że ww. spółka – w imieniu której działał Pan A. R. A. – była jedynie spółką celową powołaną do realizacji inwestycji, ale nie do „fizycznego” wykonania tej roboty. Odwołujący nie podważył więc rzeczowych argumentów Przystępującego i złożonych dowodów, które wskazywały, że Pan A. R. A., nie był przedstawicielem wykonawcy robót budowlanych, lecz przedstawicielem spółki celowej powołanej do realizacji tej inwestycji. Słusznie Przystępujący zwrócił także uwagę na odmienności wynikające z praktyki i prawa, funkcjonujących w państwie wykonania tej inwestycji. Izba nie miała podstaw do uznania, że na gruncie zasad i reguł obowiązujących w tym państwie, spółka celowa powołana do realizacji inwestycji (a nie samej budowy) nie może wystawić referencji, oraz że powinna ona być lokowana bardziej po stronie wykonawcy, niż po stronie inwestora. Odwołujący bynajmniej tych okoliczności nie wykazał. Odwołujący stawiając tezę, że ww. osoba, wystawiając referencję, działała w imieniu wykonawcy robót, powinien to udowodnić. Sprostanie ciężarowi dowodowemu nie może zamykać się jedynie w podniesieniu wątpliwości i niejako przerzuceniu tego ciężaru na drugą stronę, zwłaszcza gdy, jak wskazuje się w orzecznictwie dokumenty referencyjne, a już tym bardziej zagraniczne, nie mają sformalizowanego charakteru (por. powołany wyrok KIO sygn. akt 1192/14).

Niezależnie od faktu podpisania certyfikatu przez Pana A. R. A., Izba podzieliła stanowisko wykonawcy Mostostal, że z samego protokołu odbioru robót budowlanych złożonego przy ofercie można było wywieść wnioszek o należytych wykonaniu zadania stosownie do wytycznych sformułowanych w tym postępowaniu przez Zamawiającego. Powyższe skutkuje tym, że okoliczności odnoszone w odwołaniu do uzupełnionych referencji, nie mogły mieć ostatecznie wpływu na ocenę spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Protokół ten został podpisany nie tylko przez Pana A. R. A., ale także przez

osoby, co do których nie można mieć żadnych wątpliwości, że występowały one po stronie inwestora (m.in. podpis samego Inwestora (Promotor), podpis dyrektora Inwestora budynku, architekta dyrektora budowy (dirección facultativa, Director de obra). W protokole odbioru robót budowlanych wskazano, że Inwestor dokonał odbioru budynku z zastrzeżeniem usunięcia wad w terminie 2 miesięcy. Inwestor odebrał także gwarancję od firmy budowlanej.

Jak wskazano wcześniej, Zamawiający żądał załączenia dowodów dotyczących najważniejszych (podkreślenie Izby) robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Z treści protokołu odbioru robót budowlanych nie wynika, by przewidziane do usunięcia wady mogły odnosić się do najważniejszych robót. Jest to tym bardziej wątpliwe, gdy weźmie się pod uwagę krótki termin przyjęty w protokole (2 miesiące), która to okoliczność wspierała wyjaśnienia i argumentację wykonawcy Mostostal, że pojęcie wady wskazane w protokole (niezależnie od wykładni warunków kontraktowych FIDIC), powinno być rozumiane w tym przypadku, jako usterki, które nie powodują niemożliwości eksploatacji budynku. Izba podzieliła stanowisko wykonawcy Mostostal, że protokół odbioru sam w sobie potwierdzał wykonanie umowy, m.in. wskazywał na rozpoczęcie okresu gwarancji, co w rozumieniu prawa polskiego oznacza, że rozpoczął się okres rękojmi na wady i usterki. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, usterki (wady) zwyczajowo występują przy odbiorze robót budowlanych (zwłaszcza gdy są to roboty o znacznym zakresie i wartości), co jednak nie oznacza, że wskazanie na te usterki (wady) w protokole odbioru końcowego

dyskwalifikuje automatycznie ten dokument i skutkuje tym, że nie można za jego pomocą wykazywać spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Co istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu, to fakt, że Odwołujący rozszerzył go na etapie rozprawy. W treści odwołania, jako podstawa zarzutu zostały wskazane twierdzenia dotyczące jedynie referencji i podpisania ich przez osobę mającą reprezentować wykonawcę inwestycji. Odwołujący w treści odwołania nie sformułował żadnych zarzutów, ani nie podniósł okoliczności faktycznych, przeciwko złożonemu przy ofercie protokołowi odbioru. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stosownie do tego przepisu, odwołanie mogło więc zostać rozpoznane jedynie w takich jego ramach, jakie zostały zakreślone przez Odwołującego w pisemnym odwołaniu. Zarzut stanowi bowiem zespół okoliczności faktycznych i prawnych, obejmujący stosownie do art. 180 ust. 1 i 3 p.z.p., co najmniej wskazanie kwestionowanej czynności lub zaniechania zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych, z których odwołujący wywodzi naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 26 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2326/14). O

88

zakresie zarzutu stanowią przede wszystkim przywołane okoliczności faktyczne, a sam zarzut to substrat okoliczności faktycznych i prawnych (por. wyrok KIO z dnia 14 października 2013 r., sygn. akt KIO 2346/13; wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 1866/14).

Dodatkowo, Izba wskazuje, że złożonym na rozprawie oświadczeniem wykonawca Mostostal dodatkowo potwierdził okoliczności wynikające już z dokumentów złożonych w toku postępowania przed Zamawiającym, W przedmiotowym oświadczeniu wskazano, że ww. inwestycja została zrealizowana zgodnie ze świadectwem obioru końcowego budowy. Izba nie znalazła podstaw do odmówienia wartości dowodowej złożonemu oświadczeniu, w tym podstaw do uznania, że nie zostało ono złożone przez osobę działającą w imieniu inwestora tej inwestycji.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Zgodnie z powołanym § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba zasądza od wnoszącego sprzeciw równowartość kwoty wpisu na rzecz odwołującego oraz koszty, o których mowa w § 3 pkt 2, na rzecz odwołującego lub zamawiającego. W myśl § 6 rozporządzenia orzekając o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie odwołań skierowanych do łącznego rozpoznania, Izba stosuje odpowiednio przepisy § 3-5. Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy Izba zasądziła tym samym:

W sprawie o sygn. akt KIO 1882/15, Izba obciążyła kosztami wykonawcę IDS-BUD i stosowanie do ww. przepisów zasądziła od tego wykonawcy na rzecz Odwołującego zwrot kwoty uiszczonej tytułem wpisu oraz kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT) oraz zwrot na rzecz Zamawiającego kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT).

W sprawie o sygn. akt KIO 1900/15 Izba obciążyła kosztami wykonawców wnoszących sprzeciw, tj. IDS-BUD, Mostostal Warszawa S.A., konsorcjum Strabag i stosowanie do ww. przepisów zasądziła od tych wykonawców na rzecz Odwołującego zwrot kwoty uiszczonej

89

tytułem wpisu, nakazując jednocześnie wykonawcom zapłatę tej kwoty w równych częściach oraz na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT), nakazując jednocześnie wykonawcom zapłatę tej kwoty w równych częściach.

W sprawie o sygn. akt KIO 1903/15 Izba obciążyła kosztami wykonawcę IDS-BUD i stosowanie do ww. przepisów zasądziła od tego wykonawcy na rzecz Odwołującego zwrot

kwoty uiszczonej tytułem wpisu oraz zwrot na rzecz Zamawiającego kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT). W zakresie odwołania sprzeciw wniósł również wykonawca Mostostal, jednak z uwagi na fakt, że uwzględnione zarzuty odwołania nie odnosiły się do tego wykonawcy i w stosunku do jego oferty zarzuty odwołania nie potwierdziły się, Izba uznała, że obciążanie wykonawcy Mostostal kosztami postępowania byłoby niezasadne i niesprawiedliwe. Wskazany powyższej § 6 rozporządzenia przewiduje dla Izby prawo odpowiedniego stosowania zasad rozstrzygania o kosztach z § 3-5 rozporządzenia. Z tego też względu Izba obciążyła kosztami wykonawcę IDS-BUD, gdyż zarzuty skierowane wobec oferty tego wykonawcy przesądziły wyłącznie o uwzględnieniu odwołania.

Przewodniczący: