

WYROK
z dnia 4 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 stycznia 2011 r. przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111**, wobec czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, 15-089 Białystok, ul. Jana Kilińskiego 1**

przy udziale wykonawcy – konsorcjum w składzie: **ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53, Ukrstalkonstrukcja O.S.A., Kijów 01001, ul. Architektura Horodeckoho 11-W, Ukraina**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

postanawia:

1. **Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o., Ukrstalkonstrukcja O.S.A. oraz nakazuje dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.**
2. Kosztami postępowania obciąża **ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53, Ukrstalkonstrukcja O.S.A., Kijów 01001, ul. Architektura Horodeckoho 11-W, Ukraina** nakazuje
 - a) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych, w poczet kosztów postępowania odwoławczego wpis w wysokości 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczony przez **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111**,

-
- b) zasądza od **ECM Group Polska Sp. z o.o., 00-113 Warszawa, ul. Emilii Plater 53, Ukrstalkonstrukcja O.S.A., Kijów 01001, ul. Architektura Horodeckoho 11-W, Ukraina** na rzecz **BUD-INVENT Sp. z o.o., 02-055 Warszawa, ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111** koszty w wysokości 18.598 zł 98 gr. (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) poniesione przez stronę w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Uniwersytet Medyczny w Białymstoku, w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi Inżyniera Kontraktu dla inwestycji pn. „Przebudowa i rozbudowa Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego Uniwersytetu Medycznego w Białymstoku” na działkach o nr ewidencyjnych 1784/3, 1784/4, 1784/5, 1784/6, 1784/7, 1784/8, 1792 – przy ul. Marii Skłodowskiej – Curie, i 1806, 1082/2,

1783/1, 1785, 1787, 1791, 1793/3, 1793/4, 1992/1, 1992/3, 1994 – w granicach pasa drogowego ulic: Marii Skłodowskiej – Curie, Jerzego Waszyngtona i Michała Wołodjowskiego w Białymstoku, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 października 2010 r., pod numerem 2010/S 199-303891, wykonawca BUD-INVENT Sp. z o.o. (dalej zwany odwołującym) wniósł w dniu 24 stycznia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 stycznia 2010 r. Odwołanie wniesione zostało wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta konsorcjum ECM Group Polska Sp. z o.o., Ukrsalkonstrukcja O.S.A. (zwane dalej konsorcjum ECM). O czynności zamawiającego, odwołujący został poinformowany pismem doręczonym w dniu 14 stycznia 2011 r. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 4, art. 90 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wykluczenie z postępowania konsorcjum ECM i odrzucenia oferty konsorcjum ECM, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W podstawach zarzutów, odwołujący wskazał na brak wykazania przez konsorcjum ECM aby osoba wskazana na stanowisko Eksperta ds. zamówień publicznych posiadała wymagane przez zamawiającego kwalifikacje, co było przedmiotem dwukrotnego wezwania konsorcjum ECM do uzupełnienia dokumentów. W wyniku powtórnego wezwania konsorcjum ECM zmieniło osobę wskazywaną na stanowisko, w zastępstwie osoby, w stosunku do której nie zdołał wykazać posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego. Odwołujący zakwestionował również możliwość uznania, iż osoba wskazana w zastępstwie będzie w dyspozycji wykonawcy zwłaszcza w czasie ewentualnej realizacji przedmiotowego zamówienia, co wynika z okoliczności, iż osoba ta jest zatrudniona na stanowisku Kierownika Działu Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Olsztynie. Okoliczności te, zdaniem odwołującego stanowią o wypełnieniu przesłanki do wykluczenia konsorcjum ECM z postępowania określonej przepisem art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4. Jako naruszające art. 26 ust. 3 ustawy, odwołujący uznał

kilkukrotne wzywanie konsorcjum ECM do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez osobę wskazaną na stanowisko Eksperta ds. zamówień publicznych. W wyniku pierwszego wezwania nastąpiło nie tylko uzupełnienie informacji dotyczących wykształcenia, jak również (wyraźnie i jednoznacznie) potwierdzenie, że osoba ta spełnia wszystkie postawione wymagania. Późniejsze przyznanie przez konsorcjum ECM, iż istnieje nie dająca się usunąć niepewność, co do zakresu doświadczenia zawodowego dowodzi, iż wzmiankowane uprzednie potwierdzenie, że osoba spełniała wymagania siwz było bezpodstawne. Odwołujący wskazał na ukształtowane poglądy, z których wynika zakaz wielokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów i konieczność oceny dokumentów przedłożonych według stanu i na podstawie dokumentów znajdujących się u zamawiającego po pierwszym wezwaniu do ich uzupełnienia. Zauważył, iż możliwe jest uzupełnianie dokumentów z tej samej przyczyny tylko raz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a praktyka nieograniczonej liczby uzupełnień bądź wyjaśnień naruszałaby podstawowe zasady udzielenia zamówień publicznych. Zamawiający dokonując powtórnie wezwania konsorcjum ECM do uzupełnienia dokumentów, w takim samym zakresie w jakim skierowano pierwsze wezwanie, dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Odwołujący zakwestionował także dokumenty złożone przez konsorcjum ECM, mające potwierdzać doświadczenie w realizacji usługi odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, za którą zamawiający uznał usługę obejmującą również weryfikację dokumentacji projektowej, polegającą na wykonaniu czynności zastępstwa inwestycyjnego i funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub funkcji Kierownika Kontraktu nad realizacją obiektu użyteczności publicznej o powierzchni całkowitej minimum 29 000 m² i wartości minimum 150 000 zł. netto, obejmującą kompleksowe wykonanie robót budowlanych – montażowych w branży: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej, automatyka. Konsorcjum wykazało się tylko jedną usługą dotyczącą pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu/Inwestora Zastępczego (zgodnie z warunkami kontraktowymi FIDIC) podczas realizacji usługi nadzoru inwestorskiego nad pracami z zakresu przebudowy i orestaurowania, rozbudowy i

wyposażenia w nowoczesny sprzęt medyczny Kijowskiego Szpitala Wojskowego. Zgodnie z podanymi w wykazie informacjami, usługa była realizowana na rzecz Ministerstwa Obrony Ukrainy – Centralnego Specjalistycznego Wydziału ds. Budownictwa, w okresie od czerwca 2003 r. do grudnia 2007, zaś wartość prac wyniosła łącznie 103 mln USD, czyli około 250 mln PLN. W ocenie odwołującego, brak informacji, iż w ramach usługi dokonywano weryfikacji dokumentacji projektowej, uniemożliwia ustalenie w sposób nie budzący wątpliwości, iż czynność ta wchodziła w zakres „usługi odpowiadającej przedmiotowi zamówienia”. Odwołujący poddał pod wątpliwość wiarygodność kwoty wartości usługi, mając

na uwadze stopień rozwoju gospodarczego oraz problemy budżetowe Ukrainy, a także brak weryfikacji tej informacji przez zamawiającego. Mając na uwadze zakres aktywności konsorcjanta, realizującego przedmiotową usługę, skupiającą się na wytwarzaniu metalowych konstrukcji budowlanych, odwołujący uznał za wątpliwe, aby podmiot ten zrealizował „usługę odpowiadającą przedmiotowi zamówienia” w rozumieniu postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. usługę dotyczącą robót budowlanych o znacznej wartości, zakresie i złożoności. Odwołujący zakwestionował możliwość zaliczenia prac polegających na przebudowie, rozbudowie, odrestaurowaniu i wyposażeniu obiektu do realizacji obiektu, a więc jego wybudowania.

W ocenie odwołującego, w stosunku do oferty konsorcjum ECM zachodzi możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, znacznie niższej od wartości szacunkowej zamówienia, określonej w kwocie brutto na 10 705 500,00 zł. Zawarcie umowy z wykonawcą o wartości 3 629 555,00 zł brutto, grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Zamawiający wezwał dwukrotnie konsorcjum ECM do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (pismo z dnia 24.11.2010 r. i 07.01.2011 r.). W wyjaśnieniach z dnia 23.12.2010 r. oraz 07.01.2011 r. konsorcjum ECM główny element cenotwórczy, tymczasem przedmiot zamówienia został opisany w sposób możliwie precyzyjny. W wyjaśnieniach nie sprecyzowano nawet przybliżonej wielkości upustów oraz ceny, zatem nie wiadomo, czy czynnik ten miałby istotny wpływ na koszty realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał na rozbieżności w wielkości kosztów tych samych pozycji zawartych w wyjaśnieniach z dnia 23 grudnia 2010 r. oraz 7 stycznia 2011 r. Rozbieżności te mają uzasadniać twierdzenie, iż konsorcjum ECM dopiero w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dokonywało kalkulacji ceny, co wskazywać ma na podanie ceny oferty, która nie została w sposób rzetelny skalkulowana. Podsumowując, odwołujący stwierdził, iż nie sposób wykazać, że cena zawarta w ofercie konsorcjum ECM nie jest rażąco niska, a złożone wyjaśnienia nie zawierają obiektywnych i weryfikowalnych przyczyn takiej, a nie innej kalkulacji ceny, a ponadto ich treść potwierdza, że kalkulacja ceny była nierzetelna. W tych okolicznościach, zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę konsorcjum ECM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy oraz art. 90 ust. 3 ustawy.

Poprzez zaniechanie czynności wykluczenia konsorcjum ECM z postępowania i odrzucenia jego oferty, doszło do naruszenia przez zamawiającego zasad równego traktowania wykonawców oraz przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy).

W dniu 27 stycznia 2011 r. do postępowania odwoławczego przystąpiło po stronie zamawiającego konsorcjum ECM (zgłoszenie przystąpienia – pismo z dnia 26.01.2011 r.), wnosząc o jego nieuwzględnienie.

W odpowiedzi na odwołanie przekazane Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej faksem w dniu 31 stycznia 2011 r., zamawiający uwzględnił w całości zarzuty z odwołania i wniósł o umorzenie postępowania w sprawie.

Na posiedzeniu prowadzonym z udziałem stron, przystępujący do postępowania odwoławczego – konsorcjum ECM złożyło na piśmie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego. Jego złożenie, zgodnie z art. 186 ust. 4 ustawy stanowiło podstawę do merytorycznego rozpoznania odwołania przez Izbę na rozprawie.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy PrZamPubl w brzmieniu znówelizowanym.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania. W związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy PrZamPubl, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie. W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy PrZamPubl, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, wybór oferty innego wykonawcy prowadzi do powstania szkody po stronie pozostałych uczestników postępowania w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem ofert i ich udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ponieważ oferta odwołującego była pierwszą w kolejności, za wybraną, ofertą najtańszą, ustalenie, iż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy, prowadziłoby do uchylecia tej czynności i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, Izba po rozważeniu ustalonego stanu faktycznego, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, doszła do przekonania, iż jeden

z zarzutów zasługiwał na uwzględnienie. Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż konsorcjum ECM nie wykazało dysponowania na dzień składania ofert osobą wskazaną na stanowisko Eksperta ds. Zamówień Publicznych, co powinno prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego oraz odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka o okoliczność, stwierdzoną oświadczeniami tej osoby złożonymi do akt sprawy. W ocenie Izby, nie było powodu dla odraczania rozprawy w celu umożliwienia stronom stawienia się wraz ze świadkami, gdyż stanowiłoby to niepotrzebne przedłużenie postępowania w sytuacji, kiedy Izba miała możliwość zapoznania się z oświadczeniami świadka, które pozwalały na rozstrzygnięcie sprawy.

Podstawą tego stanowiska Izby było przyjęcie, iż w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy), konsorcjum ECM, w wyniku uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, przedstawiło nową osobę na stanowisko Eksperta ds. zamówień publicznych. W związku z oświadczeniem zawartym w piśmie z dnia 15 grudnia 2010 r., o braku możliwości doprecyzowania doświadczenia zawodowego osoby pierwotnie wskazanej w ofercie na to stanowisko, należało uznać, iż wykonawca zrezygnował z możliwości wykazania się potencjałem tej osoby, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym ocenie podlegała wiedza i doświadczenie osoby, wskazanej w skorygowanym wykazie Kluczowego Personelu Inżyniera Kontraktu. Izba uznała za niedopuszczalne dowodzenie na rozprawie posiadania wymaganego doświadczenia również przez osobę wskazaną w pierwotnym wykazie. Skoro wykonawca zdecydował się na zmianę personelu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, to stanowisko to jest wiążące tak dla zamawiającego, jak i samego wykonawcy. W tej sytuacji, Izba nie mogła brać pod uwagę okoliczności, wskazywanych przez przystępujące konsorcjum ECM, mających potwierdzać, iż pierwsza wskazana w ofercie osoba posiadała doświadczenie zawodowe (staż pracy) na stanowisku związanym z udzielaniem zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy aparatury medycznej lub laboratoryjnej oraz wyposażenia.

Oceniając dopuszczalność przyjęcia kandydatury nowej osoby, należało w pierwszej kolejności odnieść się do zarzuty postawionego przez odwołującego, iż takie działanie naruszałoby art. 26 ust. 3 ustawy, gdyż wynikałoby z przyjęcia możliwości wielokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym samym zakresie. Co do zasady,

Izba w całości zgadza się z ugruntowanym tak w orzecznictwie Izby, jak i doktrynie poglądem, iż zamawiający może tylko raz zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie tych samych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (przykładowo SO w Katowicach XIX Ga 471/08 z 22.12.2008; SO w Gdańsku, sygn. akt. XII Ga 391/08 z 05.12.2008 r.). Okoliczności

w jakich doszło do uzupełniania dokumentów dotyczących kluczowego eksperta, nie wskazują jednak na możliwość przyjęcia, iż doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, prowadzącego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający wprowadził dwukrotnie zwracał się do konsorcjum ECM w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu - wykazu osób, który zdaniem zamawiającego zawierał błędy, to jednak każde z wezwań obejmowało różny zakres, żądanych uzupełnień. W wezwaniu z dnia 3 grudnia 2010 r., zamawiający wskazał na brak podania informacji o wykształceniu osoby wskazanej na stanowisko, natomiast w wezwaniu z dnia 14 grudnia 2010 r., zamawiający zażądał uzupełnienia informacji określających zakres zdobytego przez tę samą osobę doświadczenia w prowadzonych postępowań, w celu ustalenia, czy osoba wskazana w wykazie realizowała postępowania na dostawy aparatury medycznej lub laboratoryjnej oraz wyposażenia. W ocenie Izby, nie można mówić o wielokrotnym wzywaniu w zakresie tego samego dokumentu, naruszającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jeżeli zakresy błędów dotyczące tego samego dokumentu, na jakie wskazuje zamawiający w wezwaniu są różne. Jak trafnie ujęto to w wyroku KIO z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1971/09, KIO/UZP 1980/09, „obowiązkiem zamawiającego, w przypadku wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów, jest zawsze dokładne opisanie dlaczego zamawiający uznał dokument za wadliwy lub niepełny i w jaki sposób oczekuje, iż wykonawca usunie stwierdzone uchybienie. Wezwania nie czyniące zadość takim wymogom, prawidłowego wezwania wykonawcy do złożenia dokumentu”. Idąc tym tokiem rozumowania, Izba uznała, iż zamawiający już przy pierwszym wezwaniu do uzupełnienia wykazu osób, winien wskazać wszystkie błędy i braki, jakie stwierdzić w zakresie dotyczącym Eksperta ds. zamówień publicznych, aby można uznać to wezwanie za prawidłowe. Celem regulacji ustawowej art. 26 ust. 3, jest wprowadzenie narzędzia umożliwiającego wykonawcy skuteczne uzupełnienie dokumentu. Skoro zatem zamawiający nie dopełnił należytej staranności w ustaleniu zakresu uzupełnienia w pierwszym wezwaniu, to przyjęcie, iż kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, było niedopuszczalne, stanowiłoby o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu. Wykonawca musi wiedzieć, dlaczego złożony przez niego dokument został przez zamawiającego zakwestionowany, jako zawierający błędy, uniemożliwiające jego przyjęcie. W zaistniałej sytuacji, zamawiający musiał powtórzyć czynność wezwania do uzupełnienia dokumentu, w zakresie braku, którego uzupełnienia wcześniej nie zażądał. Możliwość wymiany w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy osoby pierwotnie wskazanej w dokumentach złożonych wraz z ofertą, jest potwierdzana w orzecznictwie sądów okręgowych. W orzeczeniu z dnia 9 września 2009 r., Sąd Okręgowy we Wrocławiu, wskazując na taką możliwość, jednocześnie zastrzegł, iż wskazywana osoba, która będzie wykonywać

zamówienie, musi posiadać – nie później niż w dniu, w którym upłynął termin do składania ofert - kwalifikacje i doświadczenie odpowiadające wymaganiom zamawiającego. Kwestia kwalifikacji i doświadczenia osoby wskazanej przez konsorcjum w skorygowanym wykazie nie była sporna. Odwołujący zakwestionował możliwość przyjęcia, iż konsorcjum ECM dysponuje osobą, wskazaną w wykazie. Na tą okoliczność przedłożył na rozprawie w oryginale oświadczenie tej osoby z dnia 19 stycznia 2011 r., w którym osoba ta zaprzeczyła, jakoby wyraziła pisemną zgodę na wskazywanie jej w ofercie lub w załącznikach do oferty, złożonej przez konsorcjum ECM w przedmiotowym postępowaniu. Jednocześnie oświadczył, iż nie zawarła, ani nie zobowiązała się do zawarcia umowy o pracę z którymś z konsorcjantów lub jakiejkolwiek umowy, z której wynikałoby zobowiązanie do udziału w realizacji wzmiankowanego zamówienia publicznego, lub możliwość dysponowania jej osobą dla potrzeb postępowania o udzielenie tego zamówienia. Oświadczenie to zaprzecza

oświadczeniu konsorcjum ECM złożonym w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w pozycji 8, kolumna 5, o dysponowaniu osobą wskazaną na stanowisko Eksperta ds. zamówień publicznych na dzień 17.11.2010 r. (data sporządzenia wykazu). Nie było spornym pomiędzy stronami, iż wskazana osoba pozostaje w stosunku pracy z Wojewódzkim Szpitalem Specjalistycznym w Olsztynie, w którym zatrudniona jest na stanowisku Kierownika Działu Zamówień Publicznych i Zaopatrzenia. Informacja ta została również potwierdzona przez konsorcjum ECM w wykazie. Izba uznała za wątpliwe przyznanie, iż konsorcjum ECM dysponowało tą osobą w dniu składania oferty w przedmiotowym postępowaniu. Oświadczenie przedłożone Izbie w tym zakresie przez konsorcjum ECM w kserokopii, sporządzone w dniu rozprawy, w zasadzie potwierdzało treść zawartą w oświadczeniu z dnia 19 stycznia 2011 r. o braku pisemnego porozumienia o współpracy przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Niezależnie od uchybienia co do formy oświadczenia z dnia 01.02.2011 r., złożonego w kserokopii podpisanej przez osobę nie będącą pełnomocnikiem procesowym wykonawcy, ustanowionym w sprawie, co podważa możliwość uwzględnienia tego dowodu w sprawie, Izba wskazuje, iż z treści tego oświadczenia nie wynika, aby osoba ta zobowiązała się, chociażby ustnie do udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia. W tym zakresie oświadczenie to jest zgodne z oświadczeniem z dnia 19 stycznia 2011 r. Samo wskazanie na cel udostępnienia swojej osoby, jakim było pozyskanie przedmiotowego zamówienia przez konsorcjum ECM, stoi w sprzeczności ze stwierdzeniem, iż konsorcjum ECM dysponowało tą osobą przed upływem terminu składania ofert. Zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu, zawartym w części VII, pkt 2.1.2, w wykazie wykonawcy mieli wskazać osoby, jakie będą uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia na stanowiskach kluczowych ekspertów. Nie można uznać, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, iż wskazana w wyniku uzupełnienia dokumentu osoba, była w dyspozycji konsorcjum ECM na dzień składania oferty.

Pozostawanie w dyspozycji wykonawcy, należy oceniać przez pryzmat możliwości uczestniczenia danej osoby przy realizacji zamówienia. Niezależnie od waloru dowodowego oświadczenia złożonego w kserokopii, Izba wskazuje, iż jego treść zaprzecza stwierdzeniu, iż wskazana tam osoba miała uczestniczyć w realizacji zamówienia z ramienia konsorcjum ECM, składającego ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Jedynym celem, wskazanym w oświadczeniu, było udostępnienie potencjału tej osoby dla konsorcjum ubiegającego się o zamówienie. Stąd Izba przyznała rację odwołującemu, który twierdził, iż konsorcjum nie wykazało, iż wskazana osoba oddała się przed upływem terminu do składania ofert do dyspozycji wykonawcy w zakresie niezbędnym do wykonania obowiązków Eksperta ds. zamówień publicznych. Znalazło to potwierdzenie zarówno w oświadczeniu rzeczowej osoby z dnia 19 stycznia 2011 r., jak również pośrednio w wyjaśnieniach przystępującego złożonych ustnie do protokołu rozprawy. Konsorcjum ECM wielokrotnie podkreślało, iż w momencie składania oferty zakładało udział w realizacji przedmiotowego zamówienia osoby wskazanej w wykazie załączonym do oferty, jak również przyznał, iż nie łączy go stosunek pracy z osobą wskazaną w zastępstwie. Izba uznała, iż konieczność zmiany osoby, z uwagi na uchybienia wskazywane przez zamawiającego w wezwaniach do uzupełnienia dokumentów, spowodowała zmianę osoby na stanowisku Eksperta ds. zamówień publicznych. Wykonawca w tym celu skorzystał z potencjału innej osoby, z którą nie łączyły go żadne pisemne zobowiązania co do współpracy w ramach przedmiotowego kontraktu, zawarte na etapie poprzedzającym termin do złożenia oferty. W tych okolicznościach, podanie przez konsorcjum ECM informacji o dysponowaniu osobą przez niego wskazaną, wprowadzało w błąd zamawiającego i było nie zgodne ze stanem faktycznym znajdującym potwierdzenie w materiale dowodowym. Zarzut nieprawdziwej informacji należało oddzielić od oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, co prowadziło do jego nieuwzględnienia. Izba zwraca dodatkowo uwagę, iż zgodnie z wskazanym powyżej punktem siwz, w sytuacji, w której wykonawca zamierzał korzystać z potencjału innych podmiotów, zobowiązany był załączyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów do udostępnienia osób do współpracy w trakcie realizacji zamówienia, sporządzone według wzoru opracowanego przez zamawiającego i stanowiącego załącznik nr 3b do siwz. Wprawdzie treść załącznika odnosiła się do pracodawców, udostępniających swoich pracowników, to jednak zdaniem Izby, również w każdej innej sytuacji, gdy podmiotem udostępniającym własny potencjał jest inny podmiot (np. osoba fizyczna), wówczas takie

zobowiązanie musiałaby złożyć. Wynika to nie tylko z treści siwz, zawierającej odwołanie do załącznika 3a, w którym rozróżniono formy dysponowania osobami mającymi uczestniczyć w wykonaniu zamówienia na osoby posiadane przez wykonawcę oraz osoby udostępniane przez inne podmioty. Znaczenie „posiadania osoby” należy zdaniem Izby rozumieć w charakterze istniejącej współpracy z daną osobą. W sytuacji, w której takiej współpracy nie

nawiązano w jakiejkolwiek prawnie dopuszczalnej formie, a wykonawca potrzebuje skorzystać z potencjału osobowego innych podmiotów, które w swoich zasobach kadrowych posiadają wymagany potencjał, wówczas muszą wykazać się przed zamawiającym, istniejącą w dniu upływu składania ofert podstawą dysponowania tym potencjałem – tj. pisemnym zobowiązaniem tych podmiotów. Znajduje to potwierdzenie także przede wszystkim w art. 26 ust. 2b ustawy. Brak załączenia do wykazu pisemnego zobowiązania osoby o oddaniu się do dyspozycji wykonawcy przy wykonywaniu zamówienia, nie był przedmiotem zarzutu, naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, chociaż pośrednio argumentacja odwołującego nawiązywała do przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy. Z tego powodu nie mógł być on podstawą uwzględnienia odwołania. Izba, uwzględniając odwołanie, przyjęła za podstawę do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, wskazanie w wykazie osoby, którą konsorcjum ECM nie dysponowało, jako osobą mającą uczestniczyć w realizacji przedmiotowego zamówienia według stanu faktycznego istniejącego na dzień składania ofert. W ocenie Izby, niedopuszczalne byłoby w tej sytuacji ponowne zwrócenie się do wykonawcy o uzupełnienia dokumentu – wykazu osób, poprzez zażądanie przedłożenia pisemnego zobowiązania tej osoby do oddania się do dyspozycji wykonawcy w zakresie niezbędnym do wykonania zamówienia, gdyż zobowiązanie to faktycznie nie istniało na dzień złożenia oferty przez konsorcjum ECM. Korzystając z tez wskazanych w wyroku SO w Warszawie, sygn. akt V Ca 2307/09 z 08.12.2009 r., należało uznać, iż naruszałoby to również art. 26 ust. 3 ustawy, z którego *skorzystanie następuje w wyjątkowych okolicznościach, bez wątpienia nie służy gromadzeniu dokumentów, których wykonawca nie posiada, a jedynie dostarczeniu dokumentów, które nie zostały dołączone do oferty.*

W zakresie pozostałych zarzutów, Izba uznała, iż nie zasługiwały one na uwzględnienie.

Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, w ślad za odwołującym, iż usługa objęta wykazem usług, jako odpowiadająca przedmiotowi zamówienia, nie spełniała opisu sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego wymaganego doświadczenia (art. 22 ust. 2 pkt 2 ustawy). Argumenty dotyczące wiarygodności wartości prac, czy też zakresu aktywności gospodarczej, Izba oceniała, jako nieistotne, gdyż oparte na subiektywnej ocenie odwołującego, nie poparte dowodami. Odniesienie się do pozostałych, podnoszonych przez odwołującego argumentów, wymagało dokonania interpretacji opisu sposobu oceny spełniania warunku, w którym za usługę odpowiadającą przedmiotowi niniejszego zamówienia zamawiający uznał „usługę obejmującą również weryfikację dokumentacji projektowej, polegającą na wykonaniu czynności zastępstwa inwestycyjnego i funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego, pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub funkcji Kierownika Kontraktu nad realizacją obiektu użyteczności publicznej (zgodnie z definicją zawartą w § 3 pkt 6 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12

kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie – Dz. U. Nr 75, poz. 60 z późn. zm.) o powierzchni całkowitej minimum 29.000 m² i wartości minimum 150.000.000 zł netto (sto pięćdziesiąt milionów netto), obejmującą kompleksowe wykonanie robót budowlano-montażowych w branżach: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej, automatyka”. Odwołujący, zdaje się szczególną wagę przypisywać, jedynie pierwszemu fragmentowi opisu, odwołującego się do weryfikacji dokumentacji projektowej, bez analizy dalszych zapisów, które stanowią o istocie zapisu. Faktycznie, dopiero treść następująca po wskazanym fragmencie, stanowi doprecyzowanie znaczenia, na co wskazuje użycie frazy „polegającej na” po której następuje uściślenie zakresu usługi, poprzez wskazanie na rodzaj funkcji oraz obiekt na jakim miały być one pełnione. W odniesieniu do tej części opisu,

odwołujący nie kwestionował usługi wskazanej w wykazie, co zdaniem Izby stanowiło meritum ustalenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby, poczynione przez odwołującego zastrzeżenia treści, przez uznanie, iż zamawiający wymagał realizacji obiektu, a więc jego wybudowania, nie znajduje uzasadnienia. Zamawiający nie użył sformułowania, na jakie powołuje się odwołujący, wskazując jedynie na wymagany zakres robót na obiekcie opisanym przez odniesienie się do jego powierzchni całkowitej.

Również zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny, Izba uznała za bezzasadny. Odwołujący nie przedstawił, żadnych ważkich dla rozstrzygnięcia dowodów. Przedstawił własną ocenę wyjaśnień, w których w ogóle nie odniósł się do racjonalności kwot przedstawionych w wyjaśnieniach przez konsorcjum ECM, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Odwołujący skupił się na rozbieżnościach kwotowych wartości pozycji wskazanych przez wykonawcę w wyjaśnieniach z dnia 23.12.2010 r., a także z dnia 07.01.2011 r., mających wskazywać na brak rzetelności kalkulacji ceny oferty. Izba mając na uwadze okoliczności, wskazane przez konsorcjum ECM na rozprawie, przy jednoczesnym braku dowodów ze strony odwołującego, mogących podważyć racjonalność kwot podanych w pierwszych wyjaśnieniach konsorcjum ECM, oddaliła zarzut zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum ECM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy. Izba przyznała, iż obie oferty, tj. oferta odwołującego się oraz oferta konsorcjum ECM, w znaczny odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej na kwotę netto 13.162.500,00 zł. (stanowiącej 3,5 % wartości kosztorysowej robót budowlano-montażowych – protokół ZP-1). Oferta konsorcjum ECM opiewała na kwotę brutto 3.629.500,00 zł., natomiast oferta odwołującego na kwotę brutto 4.999.987,00 zł. wartości pozostałych oferta przedstawiała kwoty brutto: 5.733.426,60 oraz 10.638.400,00 zł. Jak wynika z tego zestawienia, wartości wszystkich ofert były znacznie poniżej wartości szacowanej przez zamawiającego. Izba uznała, iż dla ustalenia, czy cena oferty konsorcjum ECM nie jest ceną rażąco niską, znaczenie miały przede wszystkim wyjaśnienia tego wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 23.12.2010 r. Późniejsze

zestawienia kwotowe pozycji kosztowych, zawarte w piśmie z dnia 07.01.2011 r. obrazowały kalkulację kosztów, jakiej zamawiający oczekiwał od wykonawców, która jednak została sprecyzowana dopiero w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 05.01.2011 r. Drugie wezwanie zamawiającego miało na celu uzyskanie szczegółowych danych dotyczących wartości elementów składowych ceny, narzuconych przez zamawiającego po złożeniu ofert przez wykonawców. W tych okolicznościach, niezasadnym w ocenie Izby, było przypisywanie znaczenia informacji zawartych w piśmie z dnia 07.01.2011 r. Skoro odwołujący, ani zamawiający (w odpowiedzi na odwołanie) nie potrafili zaprzeczyć rzetelności kalkulacji ceny przedstawionej w piśmie z dnia 23.12.2010 r., to odwołanie w tym zakresie nie podlegało uwzględnieniu. W ocenie Izby, niedopuszczalne było formułowanie zarzutu rażąco niskiej ceny, wyłącznie w oparciu o istniejące niezgodności pomiędzy wyjaśnieniami konsorcjum ECM, gdyż każde z nich obrazowało odmienne podejście do kalkulacji kosztów. Trudno oczekiwać, aby wykonawca kierujący się własną polityką cenową, mógł następnie dostosować się do nieznanego mu wcześniej metodologii obliczania kosztów przez zamawiającego. Niezależnie od pewnych nieścisłości pomiędzy pozycjami kalkulacyjnymi, w obu wyjaśnieniach, kwota całkowita oferty nie uległa zmianie. Jej wysokość nie była kwestionowana, tak przez odwołującego, jak i zamawiającego. Z tego powodu zarzut ten nie został uwzględniony przez Izbę.

Mając na uwadze, iż jeden z zarzutów zasługiwał na uwzględnienie, konieczne było uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum ECM, które podlegało wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z przyczyn wskazanych w pierwszej części stanowiska Izby.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść § 5 ust. 2 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), i obciążyła kosztami postępowania uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego równowartość kwoty uiszczonego wpisu oraz koszty

poniesione przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....