

WYROK
z dnia 18 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 sierpnia 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **05 sierpnia 2016 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsorcjum firm: 1) Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna (Lider Konsorcjum), Nieznanowice 50, 32-420 Gdów; 2) INSTBUD Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Nieznanowice 50: 32-420 Gdów z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Tarnowskie Góry, ul. Rynek 4; 42-600 Tarnowskie Góry**

przy udziale wykonawcy **Instalbud Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 6a, 35 - 105 Rzeszów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: 1) Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna (Lider Konsorcjum), Nieznanowice 50, 32-420 Gdów; 2) INSTBUD Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Nieznanowice 50: 32-420 Gdów z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów i:**

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Konsorcjum firm: 1) Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD S.B. Spółka Jawna (Lider Konsorcjum), Nieznanowice 50, 32-420 Gdów; 2) INSTBUD Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), Nieznanowice 50: 32-420 Gdów z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Budowę kanalizacji sanitarnej w Tarnowskich Górach - dzielnica Pniowiec*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2015/S 244 - 442900 z 17.12.2015 r., przez Gminę Tarnowskie Góry, ul. Rynek 4; 42-600 Tarnowskie Góry zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 27.07.2016 r. (faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Instalbud Sp. z o.o., jak również o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” Wykonawcy: Konsorcjum firm: 1) Firma Handlowo - Usługowa INSTBUD S.B. Spółka jawna (Lider Konsorcjum), Nieznanowice 50, 32-420 Gdów; 2) INSTBUD S P. z o.o. (Partner Konsorcjum), Nieznanowice 50: 32-420 Gdów; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: Nieznanowice 50, 32-420 Gdów zwane dalej: „Konsorcjum INSTBUD” albo „Odwołującym”, jak i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 Pzp. W złożonej ofercie („Formularz Oferty” str. 2 pkt 7) Wykonawca przedstawił tylko jednego podwykonawcę tj. firmę „Wodrol” Sp. z o.o., ul. Misjonarska 20, 20-107 Lublin zwanej dalej: „Wodrol”. Podmiot ten jak wynika z treści oświadczenia Wykonawcy został wskazany jako podwykonawca do wykonania następującego zakresu: „Części robót budowlano montażowych w zakresie kanalizacji sanitarnej”. W ofercie wskazano ten podmiot jako jedyny na zasobach którego, w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp, Wykonawca polega. Firma „Wodrol” złożyła zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 22 ust. 1 w zakresie spełnienia warunku posiadania przez Wykonawcę doświadczenia opisanego w pkt. 2.2.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Wykonawca zobowiązany był również, między innymi, do spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W celu wykazania spełnienia tego warunku Wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz ofertą wykazu osób, które mają uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (załącznik nr 5 do Formularza Oferty). Wykonawca nie złożył wraz z ofertą wymaganego wykazu osób. Zamawiający wezwał więc Wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu) pismem z 30.03.2016 r. Wykonawca na to wezwanie dostarczył Zamawiającemu ww. załącznik tj.: „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia”. Z treści tego dokumentu wynika, że Wykonawca w zakresie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania

3

zamówienia będzie korzystać z zasobów podmiotu „trzeciego”, tj. Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Eltar” zwanej dalej: „Eltar”, którego pracownik Pan J.H. miał by pełnić funkcję specjalisty Nr 2 - Kierownika Budowy na zasadzie podwykonawstwa. Ponadto Wykonawca wskazał jeszcze jedną osobę na zasadzie zobowiązania zgodnie z art. 26 ust. 2b tj. specjalistę Nr 3 - Kierownika Robót Sanitarnych (Pan W.Z. - pracownik firmy „Wodrol”). Podstawą dysponowania pozostałymi osobami wskazanymi w wykazie przez Wykonawcę są umowa o pracę i umowa cywilno - prawna. Zgodnie z SIWZ Wykonawca winien (Formularz Oferty pkt 7- tabela) wpisać w treści oferty, cytując - „Nazwę (Firmę) podwykonawcy należy podać wyłącznie wówczas, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby podwykonawcy, na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy”. Wykonawca wypełnił przedmiotową tabelkę wpisując w kolumnie 1 zakres jaki będzie realizował podwykonawca, a w kolumnie 2 wskazał firmę „Wodrol” z zasobów której skorzystał w zakresie spełnienia warunku posiadania doświadczenia. Uzupełnienie oferty o załącznik nr 5 do „Formularz Oferty” wraz z wskazaniem nowego podwykonawcę, na którego zasobach polega w zakresie personelu (w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp) jest niezgodne z postanowieniami SIWZ i zmienia w tym zakresie ofertę tego Wykonawcy. Wprowadzenie do oferty nowego podwykonawcy („Eltar”) na zasoby którego powołuje się Wykonawca oznacza, że Wykonawca zmienił zawarte w ofercie oświadczenie dotyczące korzystania z podmiotów na zasobach których polega przy realizacji zamówienia, a to oznacza z kolei zmianę oferty, kiedy, zgodnie z art. 82 ust. 1 Pzp Wykonawca może złożyć jedną ofertę. Zgodnie z art. 89 ust. 1 Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli (pkt. 1) jest niezgodna z ustawą oraz (pkt. 2) jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wobec powyższych okoliczności ofertę Wykonawcy należało odrzucić. Biorąc powyższe pod uwagę, Wykonawca podlega również wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, nieskuteczne jest bowiem wskazanie przez niego specjalisty Nr 2 Kierownika Budowy, skoro uczynił to poprzez opisaną wyżej niedopuszczalną zmianę swej oferty. Nie mógł bowiem tego specjalisty wskazać poprzez skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 2b Pzp, skoro jako jedyny podmiot na którego zasoby się powołuje wskazał on firmę „Wodrol”.

W dniu 05.08.2016 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego

kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Konsorcjum INSTBUD wniosło odwołanie na w/w czynności z 27.07.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający w dniu do Kancelarii 05.08.2016 r. (wpływ otrzymał bezpośredni Zamawiającego). Zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez podanie w uzasadnieniu wykluczenia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ (pkt 1) oraz niezgodna z ustawą (pkt. 2),

4

i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego,

2. art. 82 ust. 1, poprzez uznanie, że Wykonawca złożył „*więcej niż jedną ofertę*”, w sytuacji jak dowodzi protokół z postępowania, Odwołujący złożyło jedną ofertę,

3. art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez uznanie, że „*nieskuteczne jest bowiem wskazanie przez niego specjalisty Nr 2 Kierownika Budowy, skoro uczynił to poprzez opisaną wyżej niedopuszczalną zmianę swej oferty*”, jak również poprzez nie uznanie złożonego wykazu osób, przedłożonego wg. wzoru załącznika do SIWZ,

4. art. 36a pkt. 1 poprzez wykluczenie Odwołującego, wbrew postanowieniom treści SIWZ, w tym umowy, który dopuszcza swobodę w zakresie zmiany osób, w tym osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, co z kolei stoi w sprzeczności z podjętymi decyzjami w niniejszym postępowaniu,

5. art. 36b 1. w wyniku podjętych decyzji w niniejszym postępowaniu tj. nie uznaniu wykazu wskazanych w nim osób i dokumentów to potwierdzających, który mówi, że Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 a także, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia,

6. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w związku z informacją, zawartą w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego, kiedy to Zamawiający mógł zwrócić się o wyjaśnienia i uzupełnienia oferty Odwołującego, jeżeli powstały by realne przesłanki do podjęcia decyzji, jak w wyniku rozstrzygnięcia postępowania,

7. art. 26 ust. 2b, poprzez nie uznanie złożonego wykazu osób wg. wzoru załącznika nr 5, poprzez uznanie, że „*wskazanie nowego podwykonawcy, na którego zasobach polega w zakresie personelu (w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp) jest niezgodne z postanowieniami siwz i zmienia w tym zakresie ofertę tego Wykonawcy*” co stanowi również naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji wskazanych w art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż z literalnego brzmienia tego przepisu wykonawca może korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i nie jest ważny stosunek prawny łączący strony.

8. postanowień m.in. art. 47 ust 2 oraz art. 48 ust 3 dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 ze

5

zm.) w związku z wykluczeniem i odrzuceniem oferty Odwołującego,

9. art. 24 ust. 2 pkt. 4 poprzez wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania, poprzez uznanie, że „*nieskuteczne jest bowiem wskazanie przez niego specjalisty nr 2 Kierownika Budowy, skoro uczynił to poprzez opisaną wyżej niedopuszczalną zmianę swej oferty. Nie mógł bowiem tego specjalisty wskazać poprzez skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 2b Pzp, skoro jako jedyny podmiot na zasoby którego się powołuje wskazał on firmę „WODROL”*”, co stanowi o uznaniu, że wykonawca (Odwołujący) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

10. art. 87 ust. 2 pkt. 3, poprzez ewentualne nie dokonanie poprawy treści oferty w zakresie ewentualnych innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jeżeli by uznać, że

taki stan nastąpił,

11. art. 91 ust. 1 Pzp w związku z nie dokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została wykluczona i odrzucona,

12. art. 87 ust. 1, poprzez niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a innym wykonawcą, biorącym udział w niniejszym postępowaniu - negocjacji dotyczących złożonych ofert w niniejszym postępowaniu, oraz podejmowaniu decyzji następczych w tym zakresie,

13. art. 20 ust. 3 Pzp poprzez przedstawienie Kierownikowi Zamawiającego przez Komisję Przetargową do zatwierdzenia propozycji, będącej wynikiem postępowania z 27.07.2016 r. niezgodnie z przepisami Pzp,

14. art. 20 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie z naruszeniem Pzp oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia oraz badania i oceny ofert, a następnie rozstrzygnięcia postępowania z 27.07.2016 r. z naruszeniem przepisów Pzp,

15. art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr. 14, poz. 114, ze zmianami) na wskutek podjętych decyzji w stosunku do Odwołującego w niniejszym postępowaniu, jak też do innych uczestników, co spowodowało wydatki odszkodowawcze z tytułu kosztów za odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1) uwzględnienie niniejszego odwołania w całości,

6

2) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert z 27.07.2016 r. w związku ze złamaniem przepisów Pzp,

3) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z zaniechaniem i naruszeniem Pzp wskazanym we wszystkich punktach niniejszego odwołania,

4) przeprowadzenie dowodów z pełnej dokumentacji postępowania,

5) nakazanie uznania złożonych już i uznanych przez Zamawiającego uzupełnień oferty na podstawie art. 26 ust. 3 i wyjaśnień, ewentualnie nakazanie wezwania do dodatkowych wyjaśnień lub uzupełnień Odwołującego,

6) uznania wykazania spełnienia warunków udziału przez Odwołującego,

7) nakazania dokonania powtórnej oceny ofert, z uwzględnieniem w ocenie oferty Odwołującego,

8) dokonanie ponownego wyboru ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

9) wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, w świetle wszystkich kryteriów i postanowień SIWZ, lub

10) nakazanie unieważnienia postępowania, z uwagi na fakt, że postępowanie zawiera wadę, uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia.

11) obciążenie Zamawiającego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego.

W dniu 27.07.2016 r. Zamawiający wbrew nakazowi KIO z 28.06.2016 r., sygn. akt:

KIO 1026/16, sygn. akt: KIO 1030/16 dokonał czynności rozstrzygnięcia postępowania z naruszeniem prawa zamówień publicznych. Dodatkowo, jak wskazuje dokumentacja postępowania, pomiędzy Wykonawcą wybranym do realizacji w dniu 27.07.2016 r.

a Zamawiającym prowadzone są niedozwolone negocjacje, stanowiące naruszenie art. 7 ust. 1, czyli naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. KIO, jako organ ustanowiony w celu zapewnienia sprawowania porządku nad udzielaniem zamówień publicznych w Polsce winna w sposób określony dokonać oceny treści pism i korespondencji Wykonawcy wybranego jako najkorzystniejszej oferty z 27.07.2016 r., w tym pisma z 08.07.2016 r. znajdującego się jako załącznik do protokołu z postępowania. Pomimo iż, jak przyznaje sam Wykonawca, który nie ma interesu prawnego w uzyskaniu niniejszego zamówienia, jako Wykonawca, który nie miał prawa głosu na rozprawie przed KIO w postępowaniu sygn. akt. KIO 1030/16, w dokumentacji postępowania znajdują się obszerne materiały związane ze wskazanymi powyżej zdarzeniami. W związku z powyższym, oceniając wskazany dotychczas tok i zakres niniejszego postępowania,

Odwołujący, jako strona po raz kolejny szukająca ochrony prawnej, stoi na stanowisku, że KIO winna dokonać oceny i rozpatrzenia niniejszego odwołania całościowo, tj. w rozumieniu kompleksowym, w zakresie całego postępowania przetargowego, uznając za niedopuszczalne prowadzenie postępowania w sposób w jaki czyni to Zamawiający.

7

1. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez podanie w uzasadnieniu wykluczenia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ (pkt. 1) oraz niezgodna z ustawą (pkt. 2), i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do oferty Odwołującego nie doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią ustawy prawo zamówień publicznych jak też z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał już raz ofertę Odwołującego jako zgodną z treścią SIWZ i ustawy, zatem żądanie Odwołującego jest zasadne i oczywiste. Przesłanka o której mowa powyżej, wynikająca z pkt 1 i pkt 2 art. 89 następuje wyłącznie wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to ta, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ, czego miejsca nie ma w przedmiotowym przypadku. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych do wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego, czego w tym postępowaniu nie ma w ofercie Odwołującego. W przedmiotowym postępowaniu i przypadku nie mamy ani jednego takiego przypadku. Przesłanka wskazana przez Zamawiającego jest wadliwa. Mamy tu zatem do czynienia z bezwzględną nieważnością informacji o wyborze ofert. Dalsze uzasadnienie wskazanego w pkt nr 1 zarzutu znajduje się w dalszej części odwołania. Niniejsze odwołanie należy rozpatrywać łącznie, w zakresie podniesionych w nim zarzutów, jak również w zakresie wykazanych zaniechań i naruszeń Pzp.

2. Naruszenie art. 82 ust. 1, poprzez uznanie, że Wykonawca złożył „*więcej niż jedną ofertę*”, w sytuacji jak dowodzi protokół z postępowania, Odwołujący złożyło jedną ofertę. W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca złożył jedną ofertę. Nie są znane Odwołującemu inne oferty składane przez Odwołującego, jak wynika z uzasadnienia Zamawiającego.

3. Naruszenie art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez uznanie, że „*nieskuteczne jest bowiem wskazanie przez niego specjalisty Nr 2 Kierownika Budowy, skoro uczynił to poprzez opisaną wyżej niedopuszczalną zmianę swej oferty*”, jak również poprzez nie uznanie złożonego wykazu osób, przedłożonego wg. wzoru załącznika do SIWZ,

4. Naruszenie art. 36a pkt 1 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego, wbrew postanowieniom treści SIWZ, w tym umowy, który dopuszcza swobodę w zakresie zmiany osób, w tym osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, co z kolei stoi

8

w sprzeczności z podjętymi decyzjami w niniejszym postępowaniu,

5. Naruszenie art. 36b 1 Pzp w wyniku podjętych decyzji w niniejszym postępowaniu tj. nie uznaniu wykazu wskazanych w nim osób i dokumentów to potwierdzających, który mówi, że Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 a także, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

6. Naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 Pzp w związku z informacją, zawartą

w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego, kiedy to Zamawiający mógł zwrócić się o wyjaśnienia i uzupełnienia oferty Odwołującego, jeżeli powstały by realne przesłanki do podjęcia decyzji, jak w wyniku rozstrzygnięcia postępowania,

7. Naruszenie art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez nie uznanie złożonego wykazu osób wg. wzoru załącznika nr 5, poprzez uznanie, że „*wskazanie nowego podwykonawcy, na którego zasobach polega w zakresie personelu (w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp) jest niezgodne z postanowieniami siwz i zmienia w tym zakresie ofertę tego Wykonawcy*” co stanowi również naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji wskazanych w art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż z literalnego brzmienia tego przepisu wykonawca może korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i nie jest ważny stosunek prawny łączący strony.

8. Naruszenie przepisów nadrzędnych tj. postanowień m.in. art. 47 ust 2 oraz art. 48 ust 3 dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 ze zm.) w związku z wykluczeniem i odrzuceniem oferty Odwołującego,

9. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania, poprzez uznanie, że: „*nieskuteczne jest bowiem wskazanie przez niego specjalisty nr 2 Kierownika Budowy, skoro uczynił to poprzez opisaną wyżej niedopuszczalną zmianę swej oferty. Nie mógł bowiem tego specjalisty wskazać poprzez skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 2b pzp, skoro jako jedyny podmiot na zasoby którego się powołuje wskazał on firmę „WODROL”*”, co stanowi o uznaniu, że wykonawca (Odwołujący) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

W zakresie wskazanym w informacji o wynikach postępowania Zamawiający uzna),

9

że działania Odwołującego były nie skuteczne. Powyższe jest nagłą zmianą decyzji Zamawiającego, nie uzasadnioną jakimkolwiek argumentem. Tym bardziej, że SIWZ przewidywała jednoznaczne zapisy, w odniesieniu do warunków udziału i opisu sposobu i oceny spełnienia wskazanych warunków. Zgodnie z postanowieniami SIWZ:

„2. Zamawiający dopuszcza możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcom. Wykonawca, który zamierza wykonywać zamówienie przy udziale podwykonawcy, musi wyraźnie w ofercie wskazać jaką część/zakres zamówienia (rodzaj pracy) wykonywać będzie w jego imieniu podwykonawca. Należy wypełnić odpowiednio załącznik nr 1 - Formularz Oferty. Wykonawca, który nie zamierza wykonywać zamówienia przy udziale podwykonawców, winien wpisać w formularzu „nie dotyczy” lub inne podobne sformułowanie. Jeżeli Wykonawca zostawi ten punkt formularza nie wypełniony (puste pole), Zamawiający uzna, iż zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi Wykonawcy (bez udziału podwykonawców).”

Odwołujący wypełnił poprawnie formularz oferty, w którym wskazał, że min.

„7. Niżej podany zakres wykonywać będą w moim imieniu podwykonawcy”

1. Część/zakres zamówienia 2. Nazwa (firma) podwykonawcy¹

Część robót budowlano-montażowych w zakresie kanalizacji sanitarnej Wodrol Sp. z o. o.

Ul. Mścionarska 20, 20-107 Lublin

Dostawa i montaż wyposażenia technologicznego PPT

Dostawa studni zaworowych oraz dostawa i montaż wyposażenia studni zaworowych

Odwołujący wypełnił zatem formularz oferty, który wypełniony został prawidłowo, tym bardziej że zostało to już ocenione prawidłowo przez Zamawiającego, przed podjęciem decyzji z naruszeniem prawa z 27.07.2016 r. Ponadto SIWZ zawierało:

„2.1. W przypadku, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby podwykonawcy, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy tj. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1. Zamawiający wymaga, oprócz wskazania części (zakresu) zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy, podania nazwy (firmy) tego podwykonawcy.

2.2. Zamawiający zastrzegą obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę

¹ Nazwę (Firmę) podwykonawcy należy podać wyłącznie wówczas, gdy Wykonawca

powołuje się na zasoby podwykonawcy, na zasadach określonych w art. 26 ust 2b ustawy tj. w celu wykazania spełnienia

następujących kluczowych części zamówienia;

a) robót budowlano - montażowych w zakresie kanalizacji sanitarnej.

2.3. Zastrzeżenie zawarte w pkt 2.2. nie jest skuteczne w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy."

Ponadto, Zamawiający zawarł w SIWZ następujące zapisy:

„Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunku;

Wykonawca musi wykazać dysponowanie (dysponuje lub będzie dysponował) osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.:

1) Specjalista nr 1 (1 osoba) - Kierownik Zespołu/Przedstawiciel Wykonawcy - posiadający co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu realizacją projektu inwestycyjnego z sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno - ściekowej, w tym doświadczenie w kierowaniu przynajmniej 1 kontraktem na roboty w sektorze ochrony środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej o długości sieci nie mniejszej niż 5 km;

2) Specjalista nr 2 (1 osoba) - Kierownik Budowy - posiadający:

a) uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych zgodnie z art. 12, art. 12a oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2010 r, Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

b) co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi z sektora środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej przy co najmniej jednym zadaniu inwestycyjnym obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej, w tym jednym o długości co najmniej 10 km. Przez doświadczenie zawodowe należy rozumieć doświadczenie zdobyte w okresie od daty uzyskania uprawnień do terminu składania ofert.

3) Specjalista nr 3 (1 osoba) - Kierownik Robót Sanitarnych - posiadający:

a) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci kanalizacyjnych zgodnie z art. 12, art. 12a oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane w zakresie sieci kanalizacyjnych, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

b) co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi z sektora ochrony środowiska w zakresie gospodarki wodno-ściekowej przy co najmniej jednym zadaniu inwestycyjnym obejmującym budowę kanalizacji sanitarnej podciśnieniowej, w tym jednym o długości co najmniej 10 km. Przez doświadczenie zawodowe należy

rozumieć doświadczenie zdobyte w okresie od daty uzyskania uprawnień do terminu składania ofert.

4) Specjalista nr 4 (1 osoba) - Kierownik Robót Drogowych - posiadający:

a) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej zgodnie z art. 12, art. 12a oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r., Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

b) co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie robót drogowych.

Przez doświadczenie zawodowe należy rozumieć doświadczenie zdobyte w okresie od daty uzyskania uprawnień do terminu składania ofert.

5) Specjalista nr 5 (1 osoba) - Kierownik Robót Elektrycznych - posiadający:

a) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności elektrycznej i elektroenergetycznej zgodnie z art. 12, art. 12a oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2010 r, Nr 243, poz. 1623 z późn. zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie

wcześnie obowiązujących przepisów.

b) co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie robót elektrycznych,

Przez doświadczenie zawodowe należy rozumieć doświadczenie zdobyte w okresie od daty uzyskania uprawnień do terminu składania ofert.

UWAGA nr 10 Posiadane przez ww specjalistów uprawnienia w wymaganym zakresie, stosownie do wymagań określonych w niniejszej siwz powinny być zgodne z ustawą z dnia 7 lipca 1994 roku, Prawo budowlane (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.). Osoby, które posiadają uzyskane przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, uprawnienia budowlane lub stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego odpowiednie do realizacji przedmiotu zamówienia, do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie i zachowały uprawnienia do pełnienia tych funkcji w dotychczasowym zakresie wykazują te dokumenty jako obowiązujące. Zamawiający określając wymogi dla każdej osoby w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, dopuszcza, odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy Prawo Budowlane (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 1409 z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U z 2008 r., Nr 63, poz. 394 ze zm.), a także w sytuacji określonej w art. 20 a ustawy z dnia z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów {t.j. Dz.U. z 2013 r., poz.

12

932 z późn. zm.).

UWAGA nr 11 Wszystkie ww. osoby wskazane do wykonania zamówienia powinny władać językiem polskim (w innym przypadku Wykonawca musi zapewnić w ramach zatrudnionego przez niego personelu stałą obsługę tłumacza).

UWAGA nr 12 Zamawiający nie dopuszcza przedstawienia jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej z funkcji wymienionych powyżej.

W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunku, o którym mowa powyżej, Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć wraz ofertą:

a) wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - zgodnie z załącznikiem nr 5 do Formularza Oferty;

b) oświadczenie, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia - zawarte w załączniku nr 5 do Formularza Oferty,

UWAGA nr 13 Wystarczające będzie wykazanie w wykazie wyłącznie osób, o których mowa powyżej w pkt 2.3.1. wraz z podaniem informacji niezbędnych do wykazania spełnienia wyżej opisanego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia."

Wszystkie te warunki Odwołujący spełnił, co zresztą uznał już Zamawiający.

„4. W zakresie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt. 2.2 do 2.4. rozdział XI siwz (opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków) Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonywania przedmiotowego zamówienia. Zobowiązanie to powinno wskazywać na faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia, określać zakres i formę udostępniania zasobów oraz okres jakiego to zobowiązanie dotyczy. Powyższe oznacza, iż wykonawca celem udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z zasobów innych podmiotów, jest zobowiązany do przedłożenia stosownego oświadczenia tych podmiotów w formie pisemnego zobowiązania."

Wszystkie te warunki Odwołujący spełnił.

„UWAGA nr 16 Zobowiązanie takie należy złożyć w oryginale, kopii notarialnej lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez podmiot udostępniający swoje zasoby.

4.1. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, opisanych w pkt 2.2. do 2.4. niniejszego rozdziału siwz, polega na zasobach innych podmiotów, Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów to zgodnie z § 1 ust. 6 pkt. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów ... itd. (Dz. U. z 2013 roku, poz. 231) jest uprawniony do żądania dokumentów dotyczących:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów tego innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z tym innym podmiotem;
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

4.2. Zamawiający zażąda ww dokumentów jeżeli wykonawca nie udowodni w wystarczający sposób dysponowania zasobami innego podmiotu w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

4.3. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów zgodnie z ww art, 26 ust. 2b ustawy Pzp, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy." Wszystkie te warunki Odwołujący spełnił.

„5. Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 Pzp a opisanych w pkt. 2.2 do 2.4. rozdział XI siwz, polega na zasobach innych podmiotów (zgodnie z art. 26 ust. 2b) a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, wymagane jest przedłożenie w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w pkt 1 (pkt. 1.1. do 1.7. niniejszego rozdziału siwz).” Wszystkie te warunki Odwołujący spełnił. Uznanie, że złożenie wykazu osób wg, wzoru załącznika nr 5 do SIWZ stanowiło o złożeniu innej oferty, jak też złożenie zobowiązań, zarówno WODROL, jak i ELTAR jest niezgodne z SIWZ i ustawa należy uznać za nieuprawnione. W sytuacji objętej niniejszym odwołaniem nie było i nie ma takiego przypadku, aby Odwołujący poprzez uzupełnienia dokonał istotnej zmiany treści swojej oferty. Odwołujący wykazywał spełnienie warunków udziału, w zakresie wymaganym w SIWZ. Nie mają znaczenia tutaj wywody Wykonawcy, korespondującego z Zamawiającym, ale stan faktyczny. Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, przedkładając mu wykaz zgodny z SIWZ. potwierdzający spełnienie warunków udziału określonych w SIWZ. Kwestionowane w konsekwencji zobowiązania nie zawierały nic innego jak to, co wymaga ustawa i przepis art. 26 ust. 2b. Poprzez ich złożenie nie doszło do jakiegokolwiek zmiany treści oferty. Odwołujący od początku planował i nadal planuje zatrudnienie do niniejszego postępowania podwykonawców, kooperantów, współpracowników dysponujących odpowiednią dodatkową

14

wiedzą i umiejętnościami, w celu należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z orzeczeniem KIO z 06.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1201/13: „oddanie do dyspozycji przez inny podmiot zasobów wiedzy i doświadczenia musi łączyć się z koniecznością udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, przy czym udział ten może przybrać dowolną formę: nie tylko podwykonawstwa, ale także doradztwa, konsultacji czy innej formy merytorycznego wsparcia”. Odwołujący nie naruszył w tym przypadku ani doktryny, ani przepisów prawa ani też innych wymagań, postawionych w SIWZ.

Z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego wiąże się obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym celu można w szczególności przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów, że oddadzą wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b zd. 2 Pzp). Zobowiązanie podmiotu trzeciego jako dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostało wskazane w przepisie jedynie w sposób przykładowy. Dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego można zatem wykazać także w inny sposób, np. poprzez przedstawienie umowy wykonawcy z tym podmiotem. Wolność korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału innej firmy została ograniczona wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami. Ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania

takich zasobów w każdym przypadku będzie dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia. Podkreśla się jednak, że dokument poświadczający oddanie do dyspozycji wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu, określonego precyzyjnie poprzez podanie rodzaju i ilości zasobu, a nie ogólnikowo np. poprzez stwierdzenie, że oddaje się do dyspozycji wykonawcy „niezbędne zasoby do wykonania danego zamówienia”. Zobowiązania złożone przez Odwołującego zostały podpisane jako część oferty i należy je rozpatrywać całościowo. Podobnie w kwestii ograniczenia podwykonawstwa, jak stanowi doktryna: *“Ograniczenie podwykonawstwa przez zamawiającego nie dotyczy udostępnienia zasobów. Wyraźne rozróżnienie instytucji udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego od podwykonawstwa zostało także podkreślone w nowelizacji obowiązującej od 24 grudnia 2013 r.”.*

Zgodnie z przepisem art. 36a ust. 3 Pzp zastrzeżenie osobistego wykonania zamówienia nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. O ile zatem zamawiający może ograniczyć w SIWZ zakres dopuszczalnego podwykonawstwa, o tyle nie można w ten sposób ograniczyć możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W SIWZ Zamawiający zawarł zapisy: „Nazwę

15

(Firmę) podwykonawcy należy podać wyłącznie wówczas, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby podwykonawcy, na zasadach określonych w art. 28 ust 2b ustawy tj. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp.” Zamawiający wymagał zatem powyższego, wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest zatem dopuszczalne interpretowanie w sposób taki, w jaki dokonał tego za zaleceniami Wykonawcy Zamawiający.

Umowa wzór, stanowiąca integralną część SIWZ stanowi w sposób następujący:
„6.8 Kadra Wykonawcy. Na końcu niniejszej klauzuli 6.8 dodaje się następujący zapis: Wykonawca zapewni, że Robotami będą kierowały osoby wskazane w Ofercie, posiadające uprawnienia budowlane wymagane przez Prawo Budowlane dla poszczególnych branż oraz ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. 6.9 Personel Wykonawcy. Jako drugie zdanie niniejszej klauzuli 6 9 dodaje się: Personel Wykonawcy składać się będzie z osób posiadających uprawnienia do wykonywania zadań w ramach Kontraktu, o ile będą wymagane polskim Prawem Budowlanym lub innymi ustawami. W razie potrzeby Wykonawca zapewni wystarczającą liczbę kompetentnych tłumaczy na Terenie Budowy we wszystkich godzinach pracy i w wymiarze koniecznym do właściwej realizacji Kontraktu. Wykonawca zapewni kluczowy Personel określony we ofercie i nie zmieni żadnego z członków tego Personelu bez uprzedniej zgody Inżyniera i Zamawiającego”

Zamawiający podał zatem warunki kontraktowe FIDIC, jako część składową i obowiązującą w SIWZ Ponadto, sposób zmiany osób określa również umowa.

„q zmiany Podmiotu na zasobach którego polegał będzie Wykonawca
Zmiana może nastąpić również w poniższych przypadkach i nie wymaga aneksu do umowy:
a', zmiany osób wskazanych w ofercie w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia, na osoby które spełniać będą wymagania Zamawiającego.

b'. zmiana zakresu Robót powierzonych podwykonawcy.

c' zmiany numeru konta bankowego Wykonawcy.

Zmiany w punktach q, a', b', c' będą wprowadzone na pisemny wniosek Wykonawcy i po zatwierdzeniu przez Zamawiającego.”. Zamawiający umieścił te zapisy w SIWZ, są one zatem obowiązujące i wiążące. W związku z tym, że nie wymaga aneksu zmiana osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi (na warunkach SIWZ) nie ma mowy o zmianie umowy w drodze aneksu, zatem nie zmienia się tutaj w żaden sposób świadczenie umowne. Tym samym nie ma zastosowania zapis, wynikające ze zmiany osób, w rozumieniu warunków wprowadzania zmian, określonych wyraźnie w SIWZ.

Ogłoszenie o zamówieniu stanowiło: „7. Zmiany w zakresie zawartej umowy:
Zamawiający przewiduje możliwość istotnych zmian postanowień zawartej umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, zgodnie

16

z warunkami podanymi poniżej: 1. Zmiana terminu realizacji umowy, zwiększenie lub zmiana zakresu rzeczowego oraz innych postanowień umowy w tym zmiana ceny kontraktowej może nastąpić w formie aneksu do umowy w przypadku:

- a) zmiany wymagań instytucji finansujących,
- b) rozszerzenia lub zmiany zakresu robót w wyniku zastosowania udostępnionego na rynku postępu technicznego w okresie realizacji robót,
- c) zmian poprawiających sprawność lub zwiększających wartość ukończonych robót dla Zamawiającego,
- d) zmiany przepisów powodującej konieczność aktualizacji dokumentacji projektowej,
- e) uzyskania dodatkowych opinii lub uzgodnień,
- f) zmiany technologii robót związanej z postępem technicznym,
- g) wycofania z produkcji zaprojektowanych maszyn, urządzeń lub materiałów,
- h) nieprzewidzianych utrudnień realizacji robót w istniejącym obiekcie,
- i) konieczność rezygnacji z części robót jeżeli jest to niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu umowy,
- j) zmiany ilości usunięć wad w robotach, zrealizowanych w ramach kontraktu,
- k) zmiany stanu rzeczowego na terenie budowy albo braku lub niekompletności:
 - inwentaryzacji geodezyjnej terenu budowy dotyczącej istniejącej osnowy geodezyjnej, elementów sieci i zakrytych obiektów budowlanych, opisu ukształtowania terenu budowy,
 - wyników badań geologiczno-inżynierskich,
 - inwentaryzacji architektonicznej,
 - pierwotnej dokumentacji projektowej istniejących obiektów budowlanych.
- l) kolizji między elementami wykonywanych robót a niezainwentaryzowanymi obiektami budowlanymi;
- m) występowanie niezainwentaryzowanych ukrytych obiektów budowlanych, przeszkód geologicznych, szkód górniczych, odkrycie obiektów archeologicznych i przyrodniczych podlegających obowiązkowi badania i ochrony, niewybuchów i niewypałów oraz innych przeszkód, w tym decyzji osób trzecich, utrudniających lub uniemożliwiających prowadzenie robót w zgodzie z opisem zamówienia, zasadami wiedzy technicznej i właściwymi przepisami;
- n) zdarzenia losowe noszące znamiona siły wyższej, które uniemożliwiają wykonywanie robót zgodnie z przyjętym harmonogramem, technologią i zasadami wiedzy technicznej,
- o) usunięcia rozbieżności w dokumentach kontraktu na zasadach określonych w klauzuli 1.5;
- p) zmiana podmiotu na zasobach którego polegał będzie wykonawca;
- q) zmiany stawki VAT,
- r) zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

17

s) zmiany zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,

2) Zmiana może nastąpić również w poniższych przypadkach i nie wymaga aneksu do umowy:

— zmiany osób wskazanych w ofercie - w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu niniejszego zamówienia, na osoby, które spełniać będą wymagania określone przez Zamawiającego w siwz.

— zmiana zakresu robót powierzonych podwykonawcy.

— zmiany numeru konta bankowego Wykonawcy.

3) Zmiany wskazane w pkt 1) lit. p) oraz w pkt 2) będą wprowadzone na pisemny wniosek wykonawcy i po zatwierdzeniu przez Zamawiającego.

4) Warunki zmiany umowy są określone w Warunkach Ogólnych i Warunkach Szczególnych Kontraktu, stanowiących część siwz,

5) W przypadku konieczności zmiany ceny kontraktowej zastosowanie będzie miała Klauzula 12.3 Wycena. 9) Szczegółowy opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów oraz sposobu oceny ofert znajduje się w SIWZ (rozdział XXI).” Jeśli zatem i ogłoszenie i SIWZ nie przewiduje konieczności zmiany osób aneksem do umowy, nie zachodzi tutaj naruszenie równego traktowania innych wykonawców, gdyż istotne zmiany, o których mowa w ustawie, wymagają sporządzenia zmiany na piśmie. Pzp w art. 144 ust. 1 zakazuje istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru

wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. W przedmiotowym przypadku ma miejsce taki stan rzeczy. Wskazany przepis w praktyce oznacza, że zmiana umowy o zamówienie publiczne jest, co do zasady, zakazana. Wyjątkiem od zakazu wynikającego z art. 144 ust. 1 Pzp są dwie sytuacje: PO PIERWSZE - zakaz zmiany umowy dotyczy wyłącznie takiej zmiany, która stanowiłaby zmianę oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy. *A contrario* należy zauważyć, że możliwe jest dokonanie zmian zawartej umowy, które nie prowadzą do zmiany postanowień zapisów oferty złożonej przez wykonawcę, z którym została zawarta umowa. PO DRUGIE - dopuszczalna jest zmiana umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, jeżeli są spełnione łącznie obie przesłanki wskazane w art. 144 ust. 1 Pzp, tj.

1 - gdy zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówienie lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia i

2 - gdy określił warunki takiej zmiany. Powyższe stanowisko wyrażone również w opiniach UZP oparte jest na orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS).

18

Przykładowo, w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presse-text Nachrichtenagentur, Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził między innymi, że zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może być uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które - gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielenia zamówienia - umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. W konsekwencji uznać należy za dopuszczalne zmiany nieistotne rozumiane w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania. W przedmiotowym przypadku nie doszło do istotnej zmiany treści oferty przez Odwołującego. Zgodnie z opinią UZP wyrażoną przy uwzględnieniu orzecznictwa ETS, zmiana umowy wywołana przyczynami zewnętrznymi, które w sposób obiektywny uzasadniają potrzebę tej zmiany, niepowodującą zachwiania równowagi ekonomicznej pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, która nie prowadzi również do zachwiania pozycji konkurencyjnej wykonawcy w stosunku do innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, jak też nie prowadzi do zmiany kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia lub zainteresowanych udziałem w postępowaniu, może być uznana za zmianę nieistotną. Tym samym, oferta Odwołującego była i jest ważna w niniejszym postępowaniu, nie zachodziły tym samym przesłanki odrzucenia oferty i wykluczenia Odwołującego.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych ocena istotności zmiany umowy winna być dokonywana w odniesieniu do realiów danego przypadku, tj. zakresu, w jakim następuje zmiana warunków wykonania umowy, okoliczności stanowiących przyczynę zmiany umowy, wpływu zmiany umowy na pozycję wykonawcy w stosunku do pozycji zamawiającego, porównania sytuacji wykonawcy po zmianie warunków wykonania umowy w stosunku do sytuacji innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, potencjalny wpływ zmiany warunków wykonania zamówienia na zwiększenie zainteresowania zamówieniem u innych wykonawców. Przy czym, dokonując oceny istotności zmiany umowy należy w każdym przypadku uwzględniać konieczność zachowania podstawowych zasad procedur udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji, zasady równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości. Nie było zatem podstaw do wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego, co dowodzą dokumenty postępowania, w tym oferta Odwołującego. Pzp dopuszcza różnego rodzaju zmiany, a jej nadrzędna zasada jest unikanie odrzucania ofert najkorzystniejszych, co ma miejsce w tym przypadku. Wybór ofert z 27.07.2016 r. spowoduje poniesienie bez potrzeb niewspółmiernie wysokich kosztów, co stanowić będzie zarzut niegospodarności. Dopuszczalność zmiany umowy w zakresie zwiększenia prac przewidzianych dla podwykonawcy zamówienia publicznego uzależniona

19

jest od zapisów SIWZ, na podstawie której doszło do rozstrzygnięcia przetargu, wobec czego choćby przez analogie do niniejszego przypadku, należy uznać niniejsze odwołanie

i nakazać dokonania powtórnej oceny ofert. Za brakiem istotności takiej zmiany przemawia fakt, że wobec braku ograniczenia zakresu prac dopuszczonych do wykonania przez podwykonawców już na etapie składania ofert, wykonawcy mieli pełną swobodę w doborze sił i środków przewidzianych do wykonania zamówienia. W tym zakresie zmiana umowy (prowadząca de facto do rozszerzenia zakresu prac przewidzianych do realizacji przez podwykonawców w stosunku do zakresu zawartego w ofercie przetargowej) nie ma żadnego wpływu na poziom konkurencji wśród podmiotów ubiegających się uprzednio o uzyskanie zamówienia publicznego. Każdy bowiem z uczestników postępowania przetargowego mógł w swojej ofercie wskazać część robót jako wykonywana przez podwykonawców. Fakt ten nie był oceniany, a zatem nie miał wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty. Powyższe stanowisko należy jednak opatrzyć zastrzeżeniem - jest ono dopuszczalne, o ile wykonanie części robót, które na etapie wykonania umowy ma przejąć podwykonawca, nie wymaga specjalnych uprawnień lub doświadczenia opisanego w treści SIWZ. Jeżeli tak, to wskazany przez wykonawcę umowy jego podwykonawca musi wykazać się posiadaniem tożsamyh uprawnień lub doświadczenia co wykonawca zamówienia. W konsekwencji, zgoda zamawiającego na zatrudnienie podwykonawcy jest dopuszczalna, o ile nie prowadzi do pogorszenia potencjału wykonawczego dla danego zakresu robót, jaki wynika z treści złożonej uprzednio oferty przetargowej. Przyjmując powyższe założenia oraz przedstawione zastrzeżenie, stwierdzić należy, że zmiana polegająca na zwiększeniu zakresu robót realizowanych przez podwykonawcę w stosunku do zakresu określonego uprzednio w umowie, nie stanowi istotnej zmiany umowy w rozumieniu art. 144 ust. 1 Pzp. Wprowadzenie takiej zmiany jest zatem dopuszczalne, nawet w przypadku, ody zawarta umowa iei nie przewidywała, wobec czego, na etapie oceny ofert Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia i wykluczenia oferty Odwołującego. Tym samym te czynności zostały wykonane z naruszeniem zasad współżycia społecznego i naruszeniem Pzp. Przepis art. 144.1, stanowi: „*Art. 144. 1 Zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. 2. Zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu.*”. Skoro nie zachodzi taka konieczność, wprowadzenia zmiany do umowy, nie sposób zrozumieć decyzji Zamawiającego, interpretującej złożenie wykazu osób z pozostałymi dokumentami, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, jako zmianę oświadczenia woli, skoro takie zmiany są dopuszczalne, tym bardziej co należy podkreślić, w drodze poinformowania Zamawiającego, nie wymagającej zmiany umowy. Na etapie składania ofert i jej uzupełnień

20

nie doszło zatem do zmiany, jak rozumie Zamawiający, wobec czego nie było podstaw do kwestionowania tej czynności. Skoro zatem Ustawodawca wprowadził implementacje przepisów unijnych, ustanawiając art. 26 ust. 2b, nie można go interpretować zawężająco, jak próbuje Zamawiający. Ratio legis powołanego przepisu stanowi dążenie przez ustawodawcę do konwalidowania ofert, które dotknięte są błędami czy też brakami w zakresie oświadczeń lub dokumentów, wymienionych w przepisie art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw. Ustawodawca stoi bowiem na stanowisku, iż przyczyny formalne nie powinny być powodem wykluczania wykonawców z postępowania. Stąd też wprowadzenie mechanizmu obligatoryjnego wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń ma na celu wyeliminowanie wskazanych sytuacji. Jakkolwiek podkreślić należy, że korzystanie z przedmiotowego rozwiązania jest obligatoryjne dla zamawiającego, to zauważyć jednocześnie należy, że ma charakter wyjątkowy, bowiem zasada jest, że wykonawca winien złożyć ofertę ważną i kompletną.

W doktrynie panuje również poświadczenie, że dopuszczalna jest zmiana osób, które były wykazane w wykazie osób i nie stanowi to niedozwolonej zmiany oferty. Istotnym jest cel dołączenia wskazanych dokumentów określonych w wykazie - spełnienie warunków udziału. Wpływu na konkurencie nie ma bowiem jedna osoba, wykazana jako kierownik np. budowy przy kilkunastomilionowej wartości inwestycji. Taka osobę w toku większości budów może zastąpić kolejna osoba, z wymaganymi uprawnieniami i doświadczeniem, która kontynuuje prace poprzedniej osoby w sposób nie gorszy, gdyż wynika on z nabytych uprawnień oraz uzyskanego doświadczenia zawodowego. To tylko jeden z przykładów, jakie występują na budowach w całej Polsce. Są bowiem również przypadki szczególne, jak np. śmierć osób, w toku prowadzonych i rozpoczętych osób. Gdyby uznać przyjętą retorykę przez

Zamawiającego, to budowa w takim przypadku nie była by nadzorowana przez nikogo, bo było by to nie dopuszczalne prawem Pzp, a taki stan w prawie polskim nie występuje. W jednym z licznych wyroków KIO wskazała, że w sytuacji, gdy Wykonawca załączył do oferty uprawnienia w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji sanitarnych i sieci ciepłych, gazowych, uzbrojenia terenu, przy czym na str. 2 uprawnień sprecyzowano zakres w odniesieniu do instalacji następujących: „*instalacji wodociągowych, kanalizacyjnych, gazowych, ciepłych oraz sieci ciepłych i gazowych uzbrojenia terenu o powszechnie znanych rozwiązaniach technicznych*”. Dokument ten niestety nie obejmował w pełnym zakresie uprawnień wymaganych w SIWZ. Zamawiający nie poprosił o jego uzupełnienie, uważając, że będzie to nieuprawniona zmiana oferty. Sprawa trafiła do KIO. Izba wskazała, że przedstawienie uprawnień osoby nie ujętej w wykazie załączonym do oferty nie jest zmianą treści oferty, ponieważ dokument ten nie jest jej treścią, a potwierdza warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca - zataczając do oferty wykaz osób - nie deklaruje (co do zasady), że to właśnie one będą uczestniczyć w realizacji zamówienia.

21

Wykazuje jedynie, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Istotne jest dysponowanie osoba posiadającą określone uprawnienia, a nie konkretna osoba. Nie można odmówić wykonawcy prawa do naprawienia błędu (tj. przedłożenia w wyniku wezwania uprawnień dla nowej osoby), jeżeli wcześniej załączone uprawnienia nie spełniały wymagań SIWZ. Nie ma więc przeszkód, aby wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp przedłożył dokumenty dotyczące osoby nie ujętej w pierwotnym wykazie (wyrok KIO z 01.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 992/08). Tym samym, zgodnie z orzecznictwem KIO, uznać należy, że czynność uzupełnienia wykazu osób, o co zwrócił się w przedmiotowym przypadku Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 została dokonana poprawnie, a uzupełnienie Odwołującego nie zniekształciło w żadnym przypadku oferty i świadczenia zawartego w jego treści. Przyjmując skrajny przykład, że gdyby okazało się, że w wykazie podmiotów, na zasoby które powołuje się Wykonawca na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b była by osoba fizyczna, bądź inna, która zlikwidowała bv działalność, bądź zmarła jak wskazano powyżej, a była wskazana z nazwy i imienia w formularzu oferty, to w takiej sytuacji, gdyby nie dopuścić zmiany w zakresie tegoż podmiotu, tym bardziej, że wykaz był uzupełniany na podstawie art. 26 ust. 2, mielibyśmy sytuację w której Wykonawca musiałby polegać na wyłącznie swoim świadczeniu, realizowanym bez podmiotów trzecich, czy to na zasadzie pod wykonawstwa czy też innej formy dopuszczonej Pzp. Taka wykładnia, zawarta w wyniku postępowania z 27.07.2016 r. test sprzeczna z zasadami współżycia społecznego. gdyż okazać by się mogło, że wykonawca samodzielnie nie spełni świadczenia umownego, nie mając prawnej możliwości zmiany, tym bardziej, że wskazanie przez niego z imienia i nazwiska, wyłącznie w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału tegoż podmiotu, nastąpiło wyraźnie na życzenie Zamawiającego. W świetle sentencji np. wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25.07.2011r. XII Ga 315/11, który ustalił wykładnię literalną dla art. 22 ust. 1, art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 2b z następującymi wnioskami: - wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu może to zrobić na trzy sposoby:

a/ samodzielnie spełnia warunki przewidziane w SIWZ,
b/ tworzy konsorcjum wykonawców, którzy razem spełniają warunki określone w siwz,
c/ wspomaga się potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, potencjału osobowego i finansowego. W tym ostatnim przypadku wykonawca nie musi dysponować potencjałem podmiotu trzeciego na dzień składania ofert co jest wyjątkiem od treści art. 26 ust. 2a. Przepis art. 26 ust. 2b dotyczy sytuacji, w której wykonawca przewidując możliwość uzyskania zamówienia wchodzi w relacje prawne z innymi podmiotami w celu uzyskania na przyszłość zasobów niezbędnych do realizacji umowy. Nie mając pewności, czy jego oferta okaże się najkorzystniejsza, wykonawca nie „inwestuje” w zasoby, co do których nie ma pewności czy zostaną ostatecznie wykorzystane. Wykonawca przedstawia zobowiązanie podmiotu trzeciego/ lub inny dokument/zawierający

22

oświadczenie o oddaniu mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Tym samym ustawodawca w art. 26 ust. 2b przesądził o tym, iż wszystkie zasoby co do których dopuścił taką możliwość mogą być oddane wykonawcy do dyspozycji, a więc użyte przez wykonawcę tak by mógł z nich korzystać. Ustawodawca przy

tym nie narzuca sposobu oddania zasobów przed podmiot trzeci oraz nie stwarza obowiązku osobistego uczestnictwa w realizacji zamówienia. Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z zamawiającym- nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu, ale może być podwykonawcą. Związek tego podmiotu z postępowaniem jest jedynie taki, że godzi się on na wykorzystanie swojego potencjału do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zależnie od tego, czy będzie tym podwykonawcą czy nie. Podstawa do udostępnienia potencjału jest stosunek prawny pomiędzy wykonawcą, a tym podmiotem, przy czym ustawa nie stawia żadnych ograniczeń czy wymogów wobec tego stosunku. Podmiot taki może więc być podwykonawcą wykonawcy, mogą wiązać go stosunki korporacyjne lub umowy cywilnoprawne a nawet doradztwo i know-how w każdym zakresie, czy to doświadczenia czy też udostępnionych osób. Przepisy ustawy nie przesadzają, że wykazanie się dla celów spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę cudzym potencjałem oznacza uczestnictwo innego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wykonawca pomimo tego, że posługuje się na etapie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty innym podmiotem, nie jest zobowiązany do wykorzystania tego potencjału na etapie realizacji umowy. Artykuł 26 ust. 2b Pzp dotyczy dopuszczalności powoływania się na zdolności innych podmiotów, które nie biorą bezpośredniego udziału w postępowaniu przetargowym. Mogą to być przedsiębiorcy współpracujący z wykonawcą lub jego potencjalni podwykonawcy. Zamawiający nie może żądać przybrania konkretnej formy współpracy, czy też zawarcia określonej umowy (w tym pod wykonawstwem), gdyż jest to sprzeczne z celem art. 26 ust. 2b. Wykonawca musi jedynie udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, należącymi do osób trzecich. W celu przekonania zamawiającego wykonawca może mu dostarczyć zobowiązanie takich podmiotów lub inne dokumenty stwierdzające jego prawo do dysponowania zasobami tych podmiotów. Tak samo w stosunku do dokumentów, wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału. Odwołujący zadeklarował stan taki jak w ofercie, który w niczym nie naruszył zasad wynikających z Pzp. Żaden z przepisów zamówień publicznych nie statuuje dla wykonawcy obowiązku zlecania podwykonawcom zakresu prac odpowiadających posiadanemu przez podmiot trzeci doświadczeniu, na które powołuje się wykonawca, pomimo iż taka wola wyraził Odwołujący w swojej ofercie.

Samo złożenie zobowiązania do oddania wiedzy i doświadczenia angażuje pośrednio podmiot trzeci w przebieg zamówienia, gdyż u podstaw tegoż zobowiązania leży dowolna umowa, której stronami są PODMIOT TRZECI - WYKONAWCA a przedmiotem tej umowy

23

jest „świadczenie” polegające na umożliwieniu Wykonawcy korzystania z wiedzy i doświadczenia czy też potencjału kadrowego podmiotu trzeciego. Jednakże na podstawie samego zobowiązania do użyczenia wiedzy i doświadczenia podmiot trzeci nie zobowiązuje się jeszcze, że będzie realizował samodzielnie jakąkolwiek część zamówienia tj. będzie świadczył bezpośrednio na rzecz Zamawiającego. Rola podmiotu trzeciego polega tylko na pomocy w realizacji zamówienia przez Wykonawcę co nie może być utożsamiane z udziałem podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Decyzja o sposobie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w sposób pośredni lub bezpośredni należy do wykonawcy a nie do Zamawiającego. Istnieje wyraźna granica pomiędzy spełnieniem warunków udziału w postępowaniu o sposobem realizacji zamówienia, która pominął Zamawiający. W art. 36 ust. 5 Pzp wprowadzono generalną zasadę dopuszczalności podwykonawstwa, która to zasada może zostać ograniczona przez Zamawiającego z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia. Natomiast w żadnym miejscu ustawy prawo zamówień publicznych nie ma przepisu zobowiązującego wykonawcę do wykonania zamówienia z udziałem podwykonawcy, w szczególności w osobie podmiotu trzeciego, który zobowiązał się oddać do dyspozycji niezbędne zasoby celem korzystania z nich przez Wykonawcę. Przedstawioną wykładnię potwierdzają przepisy unijne art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, których wprowadzenie miało na celu zwiększenie konkurencyjności i ułatwienie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę przy udziale zasobów podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim powiązań. „Zamawiający co do zasady nie może ingerować w stosunki prawne wykonawcy i podmiotów trzecich, stąd też rozporządzenie nie dopuszcza możliwości stawiania przez zamawiającego szczególnych wymagań co do tytułu i treści stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Istotne jest jedynie to, by stosowne zobowiązanie było złożone w formie pisemnej i by wynikało z niego, iż wykonawca będzie dysponował odpowiednimi zasobami przy

wykonywaniu zamówienia. Oparcie wykonania zamówienia na zasobach podmiotów trzecich nie należy utożsamiać z podwykonawstwem.” Powyższe potwierdza doktryna, w tym m.in. wyrok KIO z 23.06.2010 r., sygn. akt: 1117/10, czy też wyrok KIO z 01.07.2010 r., sygn. akt: 1170/10. Samodzielne wykonanie skomplikowanego zamówienia przez jednego przedsiębiorcę nie jest zazwyczaj możliwe. W celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu można zaangażować podwykonawcę lub powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Celem wprowadzenia takiej regulacji (stanowiącej implementację dyrektyw 2004/18/WE oraz 2004/17/WE) było zwiększenie konkurencyjności poprzez ułatwienie dostępu do rynku zamówień publicznych mniejszym wykonawcom, a także

24

obniżenie kosztów ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia na ich rzecz. Takie rozwiązanie nie wymaga bowiem powiązań kapitałowych czy organizacyjnych pomiędzy wykonawcą a podmiotem zobowiązującym się do udostępnienia zasobów, a jednocześnie pozwala na wykorzystanie zasobów innego przedsiębiorcy w realizacji zamówienia. Należy podkreślić, że udostępnienie potencjału może odbywać się bez udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Jest to najważniejsza cecha odróżniająca tę instytucję od podwykonawstwa, polegającego na powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy (art. 36 a p.z.p.), co wskazuje na konieczność faktycznej realizacji danej części zamówienia przez firmę zgłoszoną w charakterze podwykonawcy. Wskazał na wyrok KIO z 09.07.2010 r., sygn. akt. KIO 1265/10. Podobnie na orzeczenie z 06.06.2013 r., sygn. akt: KIO 1201/13). Udostępnienie potencjału na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp może przybrać postać podwykonawstwa, lecz nie musi. Wśród zasobów, które można udostępnić wykonawcy, jest wiele takich, które nie wymagają udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. W takiej sytuacji podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą, ale jednocześnie jego zasoby pozwolą wykonawcy na spełnienie warunków udziału w postępowaniu i w wypadku wybrania oferty wykonawcy umożliwią mu prawidłowe zrealizowanie zamówienia. Współpraca z podmiotem trzecim może przybrać np. formę doradztwa, konsultacji, szkoleń, a także - jak wskazano w wyroku KIO z 23.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1448/10, 1450/10, 1451/10 - może to być każda postać udostępnienia know-how, na przykład; schematy technologiczne urządzeń, dokumentacja zawierająca opis procesów technologicznych, dokumentacja serwisowa, programy komputerowe, topografia układów scalonych lub systemy zarządzania jakością. Biorąc jednak pod uwagę to, że udostępnienie zasobów musi być realne, w niektórych przypadkach podwykonawstwo jest jedyną formą realnego udostępnienia potencjału do wykonania zamówienia publicznego. Z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego wiąże się obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym celu można w szczególności przedstawić pisemne zobowiązanie tych podmiotów, że oddadzą wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia (art. 26 ust. 2b zd. 2 Pzp). Zobowiązanie podmiotu trzeciego jako dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostało wskazane w przepisie jedynie w sposób przykładowy. Dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego można zatem wykazać także w inny sposób, np. poprzez przedstawienie umowy wykonawcy z tym podmiotem. Wolność korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału innej firmy została ograniczona wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami. Ocena dokumentów poświadczających zobowiązanie do oddania takich zasobów w każdym przypadku będzie dokonywana indywidualnie, z uwzględnieniem specyfiki danego zamówienia. Podkreśla się jednak, że dokument poświadczający oddanie

25

do dyspozycji wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego powinien wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu, określonego precyzyjnie poprzez podanie rodzaju i ilości zasobu, a nie ogólnikowo np. poprzez stwierdzenie, że oddaje się do dyspozycji wykonawcy „niezbędne zasoby do wykonania danego zamówienia”. Wyraźne rozróżnienie instytucji udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego od podwykonawstwa zostało także podkreślone w nowelizacji

obowiązującej od 24.12.2013 r. Zgodnie z przepisem art. 36a ust 3 Pzp zastrzeżenie osobistego wykonania zamówienia nie jest skuteczne w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 26 ust 2b, w celu wykazania spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp O ile zatem zamawiający może ograniczyć w SIWZ zakres dopuszczalnego podwykonawstwa, o tyle nie można w ten sposób ograniczyć możliwości korzystania z zasobów podmiotów trzecich, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Reasumując, zastrzeżenie przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z przepisem art. 36a ust. 1. obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, na przykład prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy nie będzie miało zastosowania wobec podmiotu udostępniającego potencjał na zasadach przewidzianych w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp. Jedne z wyroków i doktryny KIO, są następujące - aby skorzystać z wiedzy i doświadczenia bądź innych zasobów, takich jak potencjał kadrowy podmiotu trzeciego, aby wykazać spełnienie warunku - niekoniecznie ten podmiot musi brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy - „Zwrócić należy również uwagę na to, że ustawodawca w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie posługuje się wprost określeniem „podwykonawca”. Przepis ten stanowi o „podmiotach trzecich” oraz o oddaniu niezbędnych zasobów „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Jednocześnie też ustawodawca w innym przepisie ustawy Pzp - art. 36 ust. 4 - wyraźnie używa określenia „podwykonawca”. Wykładnia systemowa art. 26 ust, 2b ustawy Pzp oraz art, 36 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje, że ustawodawca świadomie korzysta z różnorodnej terminologii. W art. 26 ust. 2b ustawy zatem świadomie nie użył określenia „podwykonawca”, dając także z mocy prawa szerszą możliwość wykorzystania przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia zasobów podmiotu trzeciego, w tym także odnoszących się do wiedzy i doświadczenia.”. W związku z powyższym, nie doszło w ofercie Odwołującego do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, jak uznał Zamawiający. Tym samym zarzuty opisane powyżej znajdują swoje uzasadnienie.

10. Naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez ewentualne nie dokonanie poprawy treści oferty w zakresie ewentualnych innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jeżeli by

26

uznać, że taki stan nastąpił. Gdyby przyjąć, że zachodzi taka konieczność, Zamawiający mógł dokonać poprawy treści oferty Odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3, co jest dopuszczalne Pzp, również w stosunku do innych omyłek, które mogą wystąpić w całej ofercie, w tym w formularzu oferty.

11. Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w związku z nie dokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została wykluczona i odrzucona. Nie dokonano wyboru na podstawie SIWZ i ustawy. Naruszenia zatem wystąpiły.

12. Naruszenie art. 87 ust 1, poprzez niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a innym wykonawcą, biorącym udział w niniejszym postępowaniu - negocjacji dotyczących złożonych ofert w niniejszym postępowaniu, oraz podejmowaniu decyzji następczych w tym zakresie. Zamawiający z Wykonawcą prowadzili i prowadzą niedozwoloną korespondencję, o czym mowa było powyżej.

13. Naruszeniu przez Komisję Przetargową art. 20 ust. 3 Pzp poprzez przedstawienie Kierownikowi Zamawiającego do zatwierdzenia propozycji, będącej wynikiem postępowania z dnia 27.07.2016 r. niezgodnie z przepisami Pzp.

14. Naruszeniu przez Kierownika Zamawiającego art. 20 ust 1 Pzp poprzez dokonanie z naruszeniem pzp oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia oraz badania i oceny ofert, a następnie rozstrzygnięcia postępowania z dnia 27.07.2016 r. z naruszeniem przepisów pzp,

15. Złamaniu i naruszeniu art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr. 14, poz. 114, ze zmianami) na wskutek podjętych decyzji w stosunku do Odwołującego w niniejszym postępowaniu, jak

też do innych uczestników, co spowodowało wydatki odszkodowawcze z tytułu kosztów za odwołania, W konsekwencji powyższego, doszło do naruszeń wymienionych w pkt. 13, 14 i 15, tym samym zarzuty uznać jako zasadne. Na podstawie przytoczonych faktów, w związku z naruszeniami Pzp, które miało miejsce, i które wskazano powyżej, potwierdzają się zarzuty opisane w niniejszym odwołaniu. Takim działaniem Zamawiający z góry zaprzecza podstawowym przepisom ustawy nie tylko Pzp, ale również wypełnia przesłanki o których mowa w ustawie o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, czy też korekty finansowej, jaką mogą nałożyć instytucje do tego przewidziane jak też instytucje obrachunkowo - nadzorcze, wraz z unieważnieniem umowy, o którym mowa w art. 146 Pzp. W przedmiotowym przypadku, udzielenie zamówienia Wykonawcy

27

z naruszeniem prawa, jest naruszeniem dyscypliny finansów publicznych, która wprost wynika z ustawy o finansach publicznych Tym samym osoby, które podejmują decyzje, zatwierdzając wybór ofert, dokonany przez komisję przetargową podlegają odpowiedzialności faktycznej i prawnej przed rzecznikiem dyscypliny finansów publicznych. Osoby te ponoszą odpowiedzialność, choćby tę o której mowa w art. 31 „*kary za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*” takie jak: kara pieniężna, zakaz pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi, karę zakazu pełnienia funkcji związanych z dysponowaniem środkami publicznymi na okres do 5 lat. Z tych przyczyn jak wskazano w odwołaniu wnosimy do KIO o ponowne uwzględnienie odwołania jak na wstępie, uwzględniając przeprowadzenie dowodów, których przeprowadzenia Odwołujący żąda. Wnosił ponadto do Zamawiającego o uwzględnienie odwołania, przed posiedzeniem i rozprawą przed KIO, do którego ma prawo, a które pozwole na przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadami współżycia społecznego, i które nie pociągnie za sobą kolejnych już zobowiązań związanych z odpowiedzialnością za niegospodarność środkami publicznymi i naruszenie dyscypliny finansów publicznych jak także dalszym dochodzeniem przez Wykonawcę swoich praw i interesów, które zostały w świetle powyższego naruszone i ugodzone. W przypadku gdyby czynności podjęte przez Zamawiającego zostały uznane za wewnętrznie spreczne, wnosimy o nakazanie unieważnienia postępowania, gdyż postępowanie może być obarczone wadą, uniemożliwiającą zawarcie skutecznej i ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający w dniu 05.08.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Instalbud Sp. z o.o., ul. Boya-Żeleńskiego 6a, 35 - 105 Rzeszów zwaną dalej: „*Instalbud Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 17.08.2016 r. (faxem i e-mailem) Instalbud Sp. z o.o. wniosło - pismo Przystępującego w ramach którego wnosilo o oddalenie odwołania i przedstawiło swoją argumentację. Kopia pisma została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. KIO w wyroku z 28.06.2016 r. sygn. akt KIO 1024/16, sygn. akt: KIO 1030/16 nakazała Zamawiającemu ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, nie zaś wybór jego oferty. Zatem wskazywanie przez Odwołującego, że KIO nakazała, wybór jego oferty jest nieuprawnione. Dalej wskazał, że pomiędzy Przystępującym oraz Zamawiającym nie były i nie są prowadzone żadne negocjacje dotyczące złożonych ofert. Skierowanie przez

28

Przystępującego pisma do Zamawiającego, w którym informuje o stwierdzonych nieprawidłowościach w innej ofercie (w tym przypadku ofercie Odwołującego), to w żadnej mierze nie negocjacje z Zamawiającym, ale prawem dopuszczalna forma informowania Zamawiającego o ofercie nieodpowiadającej wymaganiom i treści SIWZ. Dodatkowo nieuprawnionym jest wskazywanie, że Przystępujący sam przyznaje, iż nie ma interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia (str. 5 odwołania) - przystąpienie INSTALBUD do odwołania w postępowaniu KIO 1030/16 zostało oddalone z uwagi na fakt rozpatrywania dwóch odwołań, równocześnie dotyczących tej samej sprawy tj. wyboru, oferty INSTBUD Tarnów. Dlatego INSTALBUD w toku powtórnej oceny ofert w wyniku wyroku KIO w piśmie

IN/2016/282/KM z dnia 08.07.2016 roku zwrócił jedynie uwagę, że podczas rozprawy nie miał możliwości wypowiedzenia się w kwestii informacji jakie składał w toku wyjaśnień Odwołujący. W pierwszej kolejności podnosimy, iż wszelkie zarzuty Odwołującego odnoszące się do dokumentacji przetargowej, w tym w szczególności opisu przedmiotu zamówienia należy uznać za spóźnione. Zgodnie bowiem z art. 182 ust. 2 pkt. 1 Pzp: *„Odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a, jeżeli postępowanie, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także -wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:*

1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;” Mając powyższe na uwadze wszelkie zarzuty w powyższym zakresie winny zostać pominięte jako spóźnione. Odwołujący bowiem nie wniósł odwołania w tym zakresie w ustawowym terminie.

W pierwszym zarzucie dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp) Odwołujący wskazuje, iż niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce, gdy zaoferowany w niej przedmiot dostawy czy usługi nie odpowiada opisanemu przedmiotowi zamówienia. Tymczasem niezgodność treści oferty ze SIWZ to nie tylko niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający w SIWZ dopuścił powierzenie części zamówienia podwykonawcom zastrzegając jednocześnie, iż roboty budowlano-montażowe w zakresie kanalizacji sanitarnej winien realizować sam Wykonawca za wyjątkiem sytuacji, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo SIWZ wymagała, by w przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom, w ofercie określić wyraźnie jaką część/zakres zamówienia (rodzaj pracy) będzie wykonywał podwykonawca. Odwołujący, w celu wykazania spełniania warunków udziału, w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, posłużył się zasobami firmy „Wodrol” Sp. z o.o. z Lublina, jednakże wskazał w ofercie, że firma ta będzie podwykonawcą

29

tylko części (nie wiadomo jakiej) robót budowlano-montażowych w zakresie kanalizacji sanitarnej, bez wskazania zakresu tych robót. Skoro SIWZ zawierała zastrzeżenie realizacji części robót, to wszystkie zastrzeżone roboty winien, realizować podmiot, którego zasoby potwierdzają spełnianie faktycznie nie ma wiedzy czy określone roboty zostaną wykonane przez podmiot spełniający te warunki. Potwierdzeniem prawidłowości ww. stanowiska jest stanowisko doktryny/ przykładowe Jerzy Pieróg w komentarzu do art. 36a. Pzp twierdzi, iż *„choć z przepisu to wprost nie wynika należy przyjąć, że realizującym zastrzeżoną część zamówienia powinien być ten mm podmiot, na którego zasoby powołuje się wykonawca”* (Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015). W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (po złożeniu oferty) Odwołujący wyjaśnił, iż podwykonawcą w trakcie realizacji zamówienia będzie również firma „ELTAR” sp. z o. o. z siedzibą w Tarnowie. Dla firmy Eltar w ofercie również nie określono jaką część/ zakres zamówienia (rodzaj pracy) będzie wykonywał ten podwykonawca. Po wskazaniu w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego nowego podmiotu, który ma wykonywać część/zakres (nie wiadomo jakich) prac, Odwołujący nie uzupełnił wymaganego Załącznika (pkt 7, str. 2 oferty), w którym winni zostać wskazani wszyscy podwykonawcy wraz z częścią/zakresem robót, jakie mają wykonywać. Ww. postanowienia oferty są niezgodne z treścią SIWZ, w związku z czym oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Pozostałe istotne zarzuty dotyczą wskazania przez Odwołującego osoby przewidzianej do pełnienia funkcji kierownika budowy. Podstawowe obowiązki kierownika budowy wskazane zostały w art. 23 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 ze zm.). Do obowiązków tych należy m..m. prowadzenie dokumentacji budowy, koordynowanie działań zapewniających przestrzeganie podczas wykonywania robót budowlanych zasad bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, podejmowanie niezbędnych działań uniemożliwiających wstęp na budowę osobom nieupoważnionym. Oznacza to, iż kierownik budowy powinien pełnić swoje funkcje przez cały okres realizacji robót bezpośrednio na budowie. Odwołujący wraz z ofertą nie złożył wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz

informacją, o podstawie do dysponowania tymi osobami – zgodnie z załącznikiem nr 5. W związku z brakami w ofercie, Odwołujący został przez Zamawiającego wezwany do wyjaśnień i uzupełnień. Uzupełniając załącznik nr 5 Instbud poinformował Zamawiającego, iż m.in. wskazany w wykazie specjalista nr 2 (kierownik budowy) zostanie udostępniony z zasobów podmiotu trzeciego (Eltar Tarnów) na zasadzie podwykonawstwa (bez uzupełnienia wymaganego załącznika o czym, była mowa powyżej). Zarówno w wyjaśnieniach składanych. Zamawiającemu, jak i w uzasadnieniu odwołania Odwołujący

30

podniósł co najmniej kilkakrotnie, iż udział podmiotu oddającego zasoby w realizacji zamówienia, może mieć zarówno formę podwykonawstwa, jak i doradztwa, konsultacji czy merytorycznego wsparcia. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że ustawodawca nie narzuca sposobu oddania zasobów przez podmiot trzeci oraz nie stwarza obowiązku osobistego uczestnictwa w realizacji zamówienia. O ile, twierdzenia Odwołującego mogą być zasadne co do niektórych udostępnianych zasobów, to z całą pewnością nie odnoszą się do kierownika budowy. Kierownik budowy, jak wskazano wyżej, musi bezpośrednio i osobiście uczestniczyć w realizacji robót, nie można pełnić funkcji kierownika budowy np. poprzez doradztwo lub konsultacje. Twierdzenia Odwołującego wskazujące na doradztwo, konsultacje czy merytoryczne wsparcie bez osobistego uczestnictwa w realizacji zamówienia w rzeczywistości oznaczają, że Odwołujący w swojej ofercie (także w wyniku uzupełnień) nie wskazał kierownika budowy tylko inną osobę, niezdefiniowaną w Prawie budowlanym np. pomocnika kierownika budowy, konsultanta, doradcę. Sprzeczność w zakresie wyznaczenia osoby do pełnienia funkcji 'kierownika budowy' wyraża się również w tym, iż z jednej strony Odwołujący cytuje postanowienia SIWZ w przedmiocie konieczności zapewnienia aby robotami kierowały osoby wskazane w ofercie, z drugiej zaś strony wskazuje, że Wykonawca pomimo posługiwania się na etapie składania oferty potencjałem, nie jest zobowiązany do wykorzystania tego potencjału na etapie realizacji umowy. Zastanawiające dla Przystępującego jest w jaki sposób Odwołujący ma zamiar zaspokoić oczekiwania oraz interes Zamawiającego skoro wskazywane podwykonawstwo jak i użyczenie zasobów w osobie kierownika budowy ma charakter czysto hipotetyczny. Przystępujący wskazuje, że podwykonawstwo na zasadzie konsultacji i doradztwa nie może być uznane za możliwość polegania na doświadczeniu podmiotu trzeciego wynikającego z art. 26 ust. 2b Pzp i nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów podwykonawcy. Funkcja kierownika budowy, jak też było wskazywane, wiąże się z czynnym udziałem wskazanej osoby w realizacji zadania, w tym min. odpowiedzialnością za budowę; wobec Zamawiającego, nadzoru budowlanego czy państwowej inspekcji pracy. Konsultacja i doradztwo nie wypełnia w tym zakresie warunków udziału w postępowaniu, jak i odpowiedzialności tej osoby jako kierownika budowy. Zgodnie z wyrokiem. KIO z 05.01.2015r., sygn. akt: KIO 2685/14 „niezależnie od tego, w jaki sposób oraz iloma dokumentami wykonawca będzie udowadniał okoliczności dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, treść ich powinna bezopornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu, trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie, ono wykonane (...) Krajowa izba odwoławcza w całej rozciągłości popiera stanowisko wyrażone w KIO z dnia 20 grudnia 2013 r., sygn. akt: KIO 2846/13. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia możliwości polegania na zasobie doświadczenia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może być uznane powoływanie się na dostęp do usługi konsultacji (...) należy również wskazać, że

31

podwykonawstwo nie może mieć charakteru hipotetycznego i ewentualnego, prowadzącego do stanu niepewności po stronie Zamawiającego co do faktycznej realizacji zamówienia.”.

W celu podsumowania twierdzeń zawartych w odwołaniu oraz ofercie Odwołującego Przystępujący wskazuje na następujące wnioski;

1. Analiza odwołania

1.1. Odwołujący stwierdza wprost, że na etapie składania ofert nie musi posiadać zasobów - dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a będzie je wykazywał w sytuacji gdy będzie miał pewność, że ma szansę na pozyskanie zamówienia. Twierdzenia te są zupełnie nieuprawnione. Wymagania zarówno Pzp, jak i SIWZ określają, że Wykonawca musi na etapie składania ofert dysponować potencjałem technicznym do wykonania zamówienia. Wskazywanie na samą możliwość dysponowania potencjałem technicznym

i doświadczeniem prowadzi do stanu niepewności, po stronie Zamawiającego, co do faktycznej realizacji zamówienia i jego prawidłowego wykonania.

1.2. Oferta, wyjaśnienia, jak i treść samego odwołania określają wykorzystanie zasobów podmiotów trzecich, poprzez konsultacje i doradztwo. Uczestniczenie żadnego podmiotu w procesie budowlanym nie może przebiegać na zasadzie konsultacji i doradztwa/ nie jest to bowiem forma realnego uczestnictwa w realizacji zadania.

1.3. Odwołujący w odwołaniu stwierdza że potencjał techniczny wykazany w przetargu może być zmieniony. O ile można się zgodzić z tym twierdzeniem, na etapie wykonawstwa i realizacji umowy (wyłącznie za zgodą Zamawiającego, na warunkach określonych w umowie) to trzeba wskazać, że twierdzenie to wprost sugeruje, że wykazanie doświadczenia i osób zdolnych do jego wykonania Odwołujący sprowadza tylko do spełnienia warunków udziału, w postępowaniu i wcale nie gwarantuje wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia.

1.4. Przystępujący wskazuje, że co prawda Odwołujący mógł w formie wyjaśnień rozwiązać pewne wątpliwości co do treści oferty, trzeba jednak wskazać, że po pierwsze w toku wyjaśnień Odwołujący winien wyjaśnić, sprostować i uzupełnić ofertę w sposób prawidłowy, czego nie dopełnił składając dokumenty wadliwe, po drugie Zamawiający nie ma obowiązku wzywania Wykonawcy i wskazywania mu błędów i braków w ofercie za każdym razem kiedy, w toku wyjaśnień, składane są one w sposób niezgodny z SIWZ - wadliwy. Warunki udziału w postępowaniu są bowiem jednakowe dla wszystkich oferentów i to ich obowiązkiem jest złożenie ofert (lub wyjaśnień) w sposób prawidłowy i zgodny z - treścią SIWZ.

2. Niezgodność oferty oraz udzielonych wyjaśnień z treścią SIWZ

2.1. Przystępujący wskazuje, że Odwołujący w swojej ofercie nie wypełnił wymaganego załącznika, nr 5 - wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wymaganie to nie zostało nadal spełnione mimo złożenia załącznika nr 5 na. etapie wyjaśnień, szczególnie w zakresie kierownika budowy, który de facto nie został w nim wskazany

32

w świetle treści złożonego przez Odwołującego nowego zobowiązania firmy „ELTAR” do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów.

2.2. W ofercie Odwołującego nie został wskazany zakres ilościowy robót, jakie będą realizowane przez podwykonawcę „WODROL” w tabeli w pkt 7 na str. 2 oferty (np. w zakresie metrów kanalizacji sanitarnej czy. ilości studni zaworowych, które miałyby zostać wykonane przez podwykonawcę). Co więcej zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów podwykonawcy „WODROL” nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów tego podwykonawcy oraz nie wyczerpuje warunków udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego. Sposób wykorzystania tych zasobów oraz wiedzy i doświadczenia przez udział w realizacji zadania poprzez podwykonawstwo obejmujący konsultację i doradztwo nie jest zgodny z wymaganiami SIWZ. Dostęp do zasobów podwykonawcy oraz jego wiedzy i doświadczenia powinien „...wskazywać na faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia, określać zakres i formę udostępniania zasobów oraz okres jakiego to zobowiązanie, dotyczy...”. Nie może zatem być uznany za rzeczywisty dostęp do zasobów podwykonawcy i zgodne z treścią SIWZ, udział tegoż podwykonawcy poprzez konsultacje i doradztwo zgodnie z wyrokiem KIO sygn. akt: KIO 2685/14 z 05.01.2015 r.; Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów podwykonawcy „WODROL”, uzupełnione w wyjaśnieniach w dalszym ciągu nie gwarantują rzeczywistego dostępu do zasobów podwykonawcy oraz nie wyczerpują warunków udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego.

2.3. Załączone na etapie wyjaśnień zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów nowego podwykonawcy „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, nie wymienionego w ofercie na etapie składania ofert również nie spowodowało, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione. Odwołujący nie wykazał i nie uzupełnił oferty w zakresie tabeli w pkt 7 na str. 2 oferty o nowego podwykonawcę firmę „ELTAR”, mimo, iż wskazał, że będzie korzystał z jego zasobów na zasadzie podwykonawstwa. Wypełnienie wskazanej części oferty było niezbędne w celu określenia części/zakresu zadań jakie miały być wykonane przez podwykonawcę. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów podwykonawcy „ELTAR” nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów podwykonawcy. Sposób wykorzystania, tych zasobów w realizacji zadania, poprzez podwykonawstwo obejmujące konsultacje i doradztwo jest nie do przyjęcia. Zgodnie z art. 2

ust 9b Pzp podwykonawca jest podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyodrębnić część zamówienia. W świetle tego przepisu trudno uznać, że konsultacje i doradztwo są częścią zamówienia, którą można realizować na zasadzie podwykonawstwa, Treść zobowiązania udostępnienia zasobów wskazuje na uczestniczenie w zamówieniu jako podwykonawca, który pełni funkcję Konsultanta i Doradcy, Zatem Odwołujący w dalszym

33

ciągu nie posiada osób zdolnych do wykonania - realizacji zamówienia tj. kierownika budowy. Odwołujący w ofercie jak i wyjaśnieniach nie wykazał spełnienia warunków SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Pomimo, że oferta powinna być odrzucona na początku jako wadliwa, wykonawca wzywany do wyjaśnień i uzupełnień złożył w dalszym ciągu dokumenty wadliwe. W świetle wyżej przedstawionych argumentów oddaleniu podlega odwołanie Odwołującego co najmniej w zakresie zarzutów niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, braku wskazania i dysponowania osobą pełniącą funkcje kierownika budowy oraz dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego w sytuacji wątpliwości co do jego realnego uczestnictwa w wykonaniu robót, a zatem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego. W załączeniu przedłożył pismo Instalbud Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie z 08.07.2016r., w którym szczegółowo wyjaśnione zostały kwestie niespełnienia warunków SIWZ przez Odwołującego.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a oferta została odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treści ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ, treści oferty Odwołującego, wezwania z 30.03.2016 r., uzupełnienia 05.04.2016 r. wraz załącznikami, pisma Przystępującego z 08.07.2016 r., jak i podobnych pism z 18, 12.05.2016 r., czy też 31.03.2016 r. oraz z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu z 27.07.2016 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, pismo Przystępującego, odpowiedź na odwołanie

34

Zamawiającego złożoną na posiedzeniu, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść ogłoszenia o zamówieniu, postanowień SIWZ przywołanych w odwołaniu, treść oferty Odwołującego wskazanej tak w odwołaniu, jak i piśmie Przystępującego, wezwania z 30.03.2016 r., uzupełnienia 05.04.2016 r. wraz załącznikami, pisma Przystępującego z 08.07.2016 r., jak i podobnych pism z 18, 12.05.2016 r., czy też 31.03.2016 r. Uznając, że spór nie dotyczy sytuacji faktycznych, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanych w wyniku wezwań, odpowiedzi oraz dokumentów, jak ich oceny przez Zamawiającego. Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu 1 i 2 naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 89 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez podanie w uzasadnieniu wykluczenia, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ (pkt 1) oraz niezgodna z ustawą (pkt. 2), i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego,
 2. art. 82 ust. 1, poprzez uznanie, że Wykonawca złożył „więcej niż jedną ofertę”, w sytuacji jak dowodzi protokół z postępowania, Odwołujący złożyło jedną ofertę,
- Izba oddaliła oba zarzuty, uznając zasadność odrzucenia oferty Zamawiającego.

Istota sporu była okoliczność, że w wyniku uzupełnienia wykazu osób, który nie został załączony do oferty, w zakresie wykazanego Kierownika Budowy p. J.H., miało miejsce nie tylko potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym potencjału kadrowego, tj. specjalisty nr – Kierownika Budowy, ale de facto także zmiana treści oferty. W konsekwencji bowiem powyższego pojawił się podwykonawca, który nie był przewidziany w formularzu ofertowym, jako podwykonawca w tabeli pkt. 7.2, tj. wskazany z nazwy. Przy

czym, nie był to także tzw. podwykonawca nie wskazany z nazwy, czyli tzw. podwykonawca „ukryty” albowiem z nazwy wskazywało się jedynie podwykonawcę, na którego zasobach, na

35

zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp powoływał się wykonawca, w tym wypadku Odwołujący. Należy bowiem zauważyć, że mogła zaistnieć tego typu sytuacja, gdy w wyniku uzupełnienia – przedstawionoby zobowiązanie podmiotu, który był podwykonawcą, lecz nie wskazanym z nazwy, gdyż pierwotnie nie zamierzano powoływać się na jego zasoby, lecz zawierającym się w ramach przywołanego w formularzu zakresu/części zamówienia, choć nie z nazwy, któremu zamierzano zlecić określoną część zamówienia, tzw. podwykonawcom „ukrytym”. Należy bowiem przypomnieć, że: „(...) *ustawodawca generalnie odróżnia kategorię podmiotów będących podwykonawcami, od tych, które jedynie udostępniają zasoby, czego dowodem jest chociażby treść przepisu art. 36b ust. 2 Pzp. Oznacza to, że możemy mieć do czynienia zarówno z podmiotem udostępniającym zasoby, który występuje w charakterze podwykonawcy, jak i z takim podmiotem, na którego potencjałe wykonawca polega, a który nie jest jego podwykonawcą i wreszcie z podmiotem będącym podwykonawcą, który nie jest podmiotem trzecim w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b Pzp. (...)*” (za wyrokiem KIO z 05.05.2016 r., sygn. akt: KIO 630/16).

W formularzu ofertowym wskazano jednak jedynie z nazwy firmę WODROL – odnosnie części robót budowlano-montażowych w zakresie kanalizacji sanitarnej. W formularzu ofertowym wskazano jedynie firmę WODROL, nadto wskazano jeszcze podwykonawstwo w zakresie dwóch rodzajów dostaw: dostawy i montażu wyposażenia technologicznego PPT oraz dostawy studni zaworowych oraz dostawy i montażu wyposażenia studni zaworowych. Firma WODROL od początku była wskazana z nazwy, równocześnie też Wykonawca powoływał się na wiedzę i doświadczenie wykazaną w wykazie robót i referencjach w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp (złożono zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów). W ofercie Odwołującego brak było jednakże wykazu osób, ten złożono w wyniku dopiero uzupełnienia. Naturalnie jak stanowi ugruntowane wieloletnie orzecznictwo uzupełnienie dokumentu, którego nie ma w trybie art. 26 ust.3 Pzp, jest tak samo dopuszczalne jak uzupełnienie dokumentu wadliwego co wynika z art. 7 ust.1 Pzp. Nie to jest istotą sporu. W wyniku bowiem powyższego działania, wykazano Kierownika Budowy – udostępnienie pośrednie – przez firmę ELTAR, której zobowiązania załączono także obok nowego dodatkowego zobowiązania firmy WODROL względem specjalisty nr 3. Kwestia specjalisty nr 3 nie była objęta zarzutem, tym bardziej, że podmiot ten WODROL był wskazany z nazwy wraz z zakresem zamówienia, które co do istoty – z uwagi na ogólny charakter sformułowania – mieścił się w wskazanym w formularzu ofertowym zakresie. Nie było to jednakże zarzut, a dywagacje Przystępujące, co do bardziej szczegółowego wskazania zakresu/ części zamówienia zleconego podwykonawcą są jedynie jego zastrzeżeniami, które nie były objęte zarzutem.

mamy do czynienia z tzw. podwykonawcą „ukrytym”, który od początku miał brać udział realizacji zamówienia. Należy bowiem także zauważyć, że firma ELTAR także złożyła ofertę w postępowaniu, a co równie istotne nie został on wskazany w formularzu ofertowym z nazwy, a tylko wtedy możnaby byłoby powoływać się na jej zasoby, skoro w uzupełnionym zobowiązaniu jest mowa o podwykonawstwie. Brak jest przykładowo informacji, że w zakresie części zamówienia robót budowlano-montażowych w zakresie kanalizacji sanitarnej będą je realizować tak WODROL, jak i ELTAR, tym bardziej, że na str. 3 formularza ofertowego wymienia się także zał. Nr 5, czyli od początku Odwołujący miał wiedzieć o konieczności jego złożenia, czego nie uczynił w terminie składania oferty.

Zaistniała – faktyczna zmiana ma ten charakter, że w zakresie czynności wykonywanych przez Kierownika Budowy zamiast samodzielnego realizowania zamówienia, w tym zakresie, jak pierwotnie wynikałoby z formularza ofertowego, czyli z treści ofert, będzie je wykonywał Kierownik Budowy udostępniony przez firmę ELTAR, której zobowiązania załączono do uzupełnienia, czyli podwykonawca.

Izba także wskazuje, że kierował się podobny stanowiskiem wyrażonym w wyroku KIO z 08.04.2016 r., o sygn. akt: KIO 431/16 o zbliżonym stanie faktycznym: „Izba ustaliła także, że w treści SIWZ zawarto postanowienie: „Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi; 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku Wykonawca: wskaże w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy pod nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Ustawy PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust 1 Ustawy PZP”. Z powyższego wynika, że podmioty, na których zasoby wykonawca powołuje się na podstawie art. 26 ust. 2b Prawo zamówień publicznych, muszą posiadać status podwykonawcy, a jednocześnie dane dotyczące tych podmiotów wykonawca ma obowiązek podać w treści oferty. Trafnie zauważył Odwołujący, czego także nie negował Zamawiający, że powyższe postanowienia SIWZ zawierają warunek, zgodnie z którym podmioty udostępniające w trybie art. 26 ust. 2b Prawo zamówień publicznych wiedzę i doświadczenie, czy też potencjał techniczny, muszą być jednocześnie podwykonawcami oraz muszą być w tym charakterze wskazane przez wykonawcę w treści oferty (wynika to z zapisu Rozdziału 1 pkt 3.12 IDW). W świetle powyższego należy uznać, że wykonawcy informację o podwykonawcach (w tym także informacje o podmiotach udostępniających zasoby) winni byli objąć treścią oferty. Ich zmiana po terminie składania ofert była niedopuszczalna. Dokonana przez Wykonawcę Trasal sp. z o.o. zmiana podwykonawcy była - co wykazano wyżej - niedopuszczalna, biorąc pod

uwagę zapisy IDW oraz przepis art. 87 ust. 1 Prawo zamówień publicznych. Dokonywanie zmian w zakresie podwykonawcy po złożeniu oferty, poprzez złożone wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów podmiotowych, jest nieuprawnione. W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut Odwołującego, zgodnie z którym oferta Wykonawcy Trasal sp. z o.o. dotknięta była wadą, co winno skutkować jej odrzuceniem przez Zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu 3 do 9 naruszenia przez Zamawiającego:

3. art. 22 ust. 1 pkt. 3 Pzp poprzez uznanie, że „nieskuteczne jest bowiem wskazanie przez niego specjalisty Nr 2 Kierownika Budowy, skoro uczynił to poprzez opisaną wyżej niedopuszczalną zmianę swej oferty”, jak również poprzez nie uznanie złożonego wykazu osób, przedłożonego wg. wzoru załącznika do siwz,

4. art. 36a pkt. 1 poprzez wykluczenie Odwołującego, wbrew postanowieniom treści siwz, w tym umowy, który dopuszcza swobodę w zakresie zmiany osób, w tym osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, co z kolei stoi w sprzeczności z podjętymi decyzjami w niniejszym postępowaniu,

5. art. 36b, 1. w wyniku podjętych decyzji w niniejszym postępowaniu tj. nie uznaniu wykazu wskazanych w nim osób i dokumentów to potwierdzających, który mówi, że Zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 a także, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia,

6. art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w związku z informacją, zawartą w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego, kiedy to Zamawiający mógł zwrócić się o wyjaśnienia i uzupełnienia oferty Odwołującego, jeżeli powstały by realne przesłanki do podjęcia decyzji, jak w wyniku rozstrzygnięcia postępowania,

7. art. 26 ust. 2b, poprzez nie uznanie złożonego wykazu osób wg. wzoru załącznika nr 5, poprzez uznanie, że „wskazanie nowego podwykonawcy, na którego zasobach polega w

38

zakresie personelu (w rozumieniu ww art. 26 ust. 2b Pzp) jest niezgodne z postanowieniami siwz i zmienia w tym zakresie ofertę tego Wykonawcy" co stanowi również naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji wskazanych w art. 26 ust. 2b Pzp, gdyż z literalnego brzmienia tego przepisu wykonawca może korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego i nie jest ważny stosunek prawny łączący strony.

8. postanowień m.in. art. 47 ust 2 oraz art. 48 ust 3 dyrektywy 2004/18 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 ze zm.) w związku z wykluczeniem i odrzuceniem oferty Odwołującego,

Z uwagi na oddalenie dwóch pierwszych zarzutów, które Izba uznała za kluczowe dla istoty sporu, dalsze zarzuty wskazane powyżej, będące ich konsekwencją należy uznać za podlegające oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

9. art. 24 ust. 2 pkt. 4 poprzez wykluczenie Odwołującego z przedmiotowego postępowania, poprzez uznanie, że „*nieskuteczne jest bowiem wskazanie przez niego specjalisty nr 2 Kierownika Budowy, skoro uczynił to poprzez opisaną wyżej niedopuszczalną zmianę swej oferty. Nie mógł bowiem tego specjalisty wskazać poprzez skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 2b Pzp, skoro jako jedyny podmiot na zasoby którego się powołuje wskazał on firmę „WODROL”*”, co stanowi o uznaniu, że wykonawca (Odwołujący) nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

Podobnie, jak w przypadkach wskazanych powyżej, Izba z uwagi na oddalenie dwóch pierwszych zarzutów, oddaliła także ten zarzut. Należy bowiem podkreślić, że w przedmiotowym stanie faktycznym istniała konieczność powiązania uzupełnionego udostępnienia pośredniego z treścią oferty, aby zobowiązanie w formie podwykonawstwa wynikające ze zobowiązania załączonego do uzupełnienia z 05.04.2016 r. było skuteczne. Izba także podkreśla, że nie były istotą sporu wszystkie okoliczności przywoływane przez Odwołującego w odwołaniu, ale ściśle wynikające z przedmiotowego stanu faktycznego okoliczności. Na rozprawie Odwołujący potwierdził, że udostępnienie w formie podwykonawstwa. W takiej sytuacji, należało podać dane tego podmiotu w treści oferty. Jak wskazywano już przy rozpatrywaniu dwóch pierwszych zarzutów, istnieją różne warianty wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, także w kontekście podwykonawstwa, to Odwołujący wybrał taki a nie inny, nikt mu nie zabraniał, od początku mógł złożyć wykaz osób w ofercie. Jednakże sposób wybrany przez Odwołującego wymagał podania określonych dodatkowych informacji w treści oferty. Tego typu obostrzenia są skutkiem zmiany przepisów Pzp z 2013 r. w zakresie podwykonawstwa i wolą Ustawodawcy

39

było, aby udostępnienia miało jak najbardziej realny charakter, a nie fikcyjny, jak wcześniej bardzo często miało to miejsce.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu 10 naruszenia przez Zamawiającego:

10. art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez ewentualne nie dokonanie poprawy treści oferty w zakresie ewentualnych innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jeżeli by uznać, że taki stan nastąpił,

Izba oddaliła zarzut. Art. 87 ust. 2 pkt. 3 Pzp wskazuje, że: *"Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty"*. Trudno, w ocenie Zamawiającego, znaleźć uzasadnienie dla stanowiska Odwołującego, że w trybie wskazanym w powołanym powyżej przepisie Zamawiający miałby dokonać poprawienia oferty Odwołującego między innymi w zakresie obejmującym zakres prac powierzonych podwykonawcom, w szczególności przy ustaleniu, że zmiana taka stanowiłaby istotną zmianę w treści oferty, albowiem bez dokonania tej zmiany, Odwołujący nie był w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Niewątpliwie bowiem w zakresie czynności wykonywanych przez Kierownika Budowy Odwołujący nie byłby w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Odnosnie analogi przywoływanej w odwołaniu i na rozprawie, co do możliwości zmiany wykazanych w ofercie osób na etapie realizacji umowy, Izba jedynie przypomina, że mówimy o składaniu ofert w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, a nie etapie realizacji. Docelowe, zaś zmiany na etapie realizacji, winny być raczej wyjątkiem, a nie regułą, i mieć jakieś merytoryczne uzasadnienie. Stanowisko Odwołującego z odwołania i rozprawy może świadczyć, że podchodzi do tej możliwości instrumentalnie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutów 11, 13 i 14 naruszenia przez Zamawiającego:

11. art. 91 ust. 1 Pzp w związku z nie dokonaniem wyboru ofert na podstawie kryteriów określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co powoduje naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 2 oraz art. 7 ust. 3 poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, jak również w sposób niejednoznaczny, niedokładny oraz niezrozumiały na skutek czego oferta Odwołującego została wykluczona i odrzucona,

40

13. art. 20 ust. 3 Pzp poprzez przedstawienie Kierownikowi Zamawiającego przez Komisję Przetargową do zatwierdzenia propozycji, będącej wynikiem postępowania z 27.07.2016 r. niezgodnie z przepisami Pzp,

14. art. 20 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie z naruszeniem pzp oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia oraz badania i oceny ofert, a następnie rozstrzygnięcia postępowania z 27.07.2016 r. z naruszeniem przepisów Pzp,

Z uwagi na oddalenie dwóch pierwszych zarzutów, które Izba uznała za kluczowe dla istoty sporu, dalsze zarzuty wskazane powyżej, będące ich konsekwencją należy uznać za podlegające oddaleniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu 12 naruszenia przez Zamawiającego:

12. art. 87 ust. 1, poprzez niedopuszczalne prowadzenie między zamawiającym a innym wykonawcą, biorącym udział w niniejszym postępowaniu - negocjacji dotyczących złożonych ofert w niniejszym postępowaniu, oraz podejmowaniu decyzji następnych w tym zakresie,

Izba oddaliła zarzut, korespondencja – pisma Przystępującego z 08.07.2016 r., jak i pozostałe wcześniejsze pisma o analogicznym charakterze nie stanowią negocjacji, lecz dopuszczalną możliwość sygnalizowania Zamawiającemu ewentualnych stwierdzonych uchybień w konkurencyjnych ofertach. Izba abstrahuje od ich treści merytorycznej, albowiem każdorazowo to Zamawiający decyduje na ile argumentacja z nich wynikająca znajduje

uznanie u niego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu 15 naruszenia przez Zamawiającego:

15. art. 17 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r. nr. 14, poz. 114, ze zmianami) na skutek podjętych decyzji w stosunku do Odwołującego w niniejszym postępowaniu, jak też do innych uczestników, co spowodowało wydatki odszkodowawcze z tytułu kosztów za odwołania,

Powyższy zarzut nie znajduje się w kognicji Izby, czyli analogicznie jak w wyroku KIO z 28.06.2016 r., sygn. akt: KIO 1026./16, sygn. akt: KIO 1030/16 – str. 62 uzasadnienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

41

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

42