

WYROK

z dnia 3 września 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Wojewódzki Zespół Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CEZ ESCO Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Hydrochem DGE S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1643/18 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Wojewódzkiemu Zespołowi Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CEZ ESCO Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Hydrochem DGE S.A. z siedzibą w Warszawie.

Pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Wojewódzki Zespół Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr

(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Wojewódzkiego Zespołu Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu na rzecz Odwołującego - wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1643/18

Zamawiający - Wojewódzki Zespół Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej we Wrocławiu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie inwestycji realizowanej jako trzy zadania i obejmującej: modernizację budynku WZSOZ w zakresie termomodernizacji, przystosowania dla potrzeb opieki koordynowanej oraz potrzeb osób niepełnosprawnych - powtórka II (znak postępowania: 30/P/18).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 czerwca 2018 r. pod numerem 574333-N-2018.

W dniu 14 sierpnia 2018 r. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum CEZ z postępowania mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, a to z uwagi na okoliczność, że Konsorcjum CEZ nie wykazało, że podmiot udostępniający mu wiedzę i doświadczenie zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum CEZ z postępowania mimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, a to z uwagi na okoliczność, że Konsorcjum CEZ nie wykazało, że podmiot udostępniający mu wiedzę i doświadczenie zobowiązał się do udostępnienia mu tych zasobów przed złożeniem oferty w postępowaniu, tj., że konsorcjum CEZ spełniało warunki udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty i spełnia je nadal;
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Konsorcjum CEZ w sposób niezgodny z przyjętymi przez siebie w SIWZ kryteriami oceny ofert i przyznanie Konsorcjum CEZ maksymalnej ilości punktów w kryterium: doświadczenie personelu, w sytuacji, gdy z oświadczeń złożonych w ofercie Konsorcjum CEZ nie wynikało, jakim doświadczeniem dysponuje osoba przewidziana do pełnienia funkcji Kierownika budowy, a oświadczenie to nie mogło być zmienione i uzupełnione w trybie art. 87

ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w tym wykluczenie Konsorcjum CEZ

z postępowania, względnie przyznanie mu mniejszej ilości punktów w kryterium: doświadczenie personelu.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przywołał stosowne postanowienia treści SIWZ, w szczególności postanowienia rozdziału III pkt 1 i 2 (opis przedmiotu zamówienia), rozdziału V pkt 1 SIWZ (warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

lub zawodowej), rozdziału III pkt 19 - 21 (powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy), rozdziału XIII pkt 1 ppkt 2 (kryterium oceny ofert - doświadczenie personelu) oraz punktu 4 formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ). Ponadto Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy w zakresie niezbędnym do rozpoznania zarzutów odwołania.

W zakresie zarzutu pierwszego odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Izby, wykonawca, który zamierza skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, musi wykazać, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie rzeczywisty i zarazem odpowiedni do tego, by zagwarantować, że roboty wymagające - tu: odpowiedniej wiedzy i doświadczenia - będą realizowane przez podmiot, który posiada ten potencjał. Odwołujący na poparcie ww. stanowiska zacytował fragment orzeczenia KIO z dnia 9 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2245/17. Konsorcjum CEZ w toku badania i oceny ofert przedstawiło zobowiązanie do udostępniania zasobów podmiotu trzeciego - SKB S.A., którym zastąpiło zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia złożone wraz z ofertą, a pochodzące od Moris Polska sp. z o.o. Zobowiązanie podmiotu trzeciego (a w zasadzie oba zobowiązania), nie tylko nie precyzuje, jaki dokładnie zasób jest przedmiotem udostępniania, tj. wiedza i doświadczenie zdobyte przy realizacji, jakich projektów, ale przede wszystkim w sposób bardzo wąski określają zakres zamówienia powierzonego podmiotowi trzeciemu do wykonania - „prace termomodernizacyjne”. Odwołujący podkreślał, że niniejsze zamówienie składa się z trzech zadań, przy czym „prace termomodernizacyjne” przewidziane są tylko w ramach zadania 1 - „Termomodernizacja budynku przy ul. Dobrzyńskiej 21/23 we Wrocławiu”. Pozostałe zadania, w ramach których wykonawca ma przebudować obiekt Zamawiającego, nie obejmują prac termomodernizacyjnych. Co przy tym istotne, Zamawiający nie wprowadził warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do każdego z zadań z osobna, a jeden warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia do spełnienia dla wszystkich zadań łącznie. Warunek ten jest przy tym skonstruowany w taki sposób, że nie sprowadza się do wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu prac termomodernizacyjnych. Zamawiający wymaga bowiem od wykonawców wiedzy i doświadczenia w wykonaniu przebudowy lub rozbudowy budynku określonego rodzaju, a w ramach tak określonego doświadczenia wykonawca ma mieć także doświadczenie w wykonaniu robót określonych branż. Warunek został więc skonstruowany w taki sposób, by weryfikować zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia jako takiego - do realizacji każdego z zadań. Co bowiem oczywiste, wiedza i doświadczenie opisane w warunku jest niezbędne do należytego wykonania każdego z zadań składających się na zamówienie. W ślad za tym, wykonawca powinien sobie zapewnić udział podmiotu trzeciego w robotach budowlanych przewidzianych do wykonania w każdym zadaniu (samodzielne wykonanie ich przez podmiot trzeci lub współudział podmiotu trzeciego w wykonaniu ich z wykonawcą), a nie - tak, jak w niniejszej sprawie - tylko w wykonaniu wycinka robót - robót składających się na jedno z zadań. Przy tak skonstruowanym zobowiązaniu podmiotu trzeciego nie sposób przyjąć, że wykonawca wykazał - jak wymaga tego art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - iż podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zdolności wymagane warunkiem są niezbędne do zrealizowania każdej części zamówienia, natomiast podmiot trzeci zobowiązał się zrealizować tylko prace wchodzące w zakres jednego z zadań. Nie jest to zobowiązanie wystarczające do zapewnienia, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podmiot dający rękojmię należytego wykonania zamówienia. Odwołujący dodał, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający „zaostrzył” wymogi związane z wiedzą i doświadczeniem wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie tylko wymagając doświadczenia w realizacji dwóch robót budowlanych o określonych „parametrach”, ale dodatkowo wymagając, by obie te roboty były wykonane przez ten sam podmiot - tego samego wykonawcę. Zamawiający uznał więc, że stopień skomplikowania robót składających się na zamówienie jest na tyle duży, że połączenie potencjałów wykonawców nie jest wystarczającą gwarancją ich należytego wykonania. Tym bardziej więc dziwi, że Zamawiający uznał, iż Konsorcjum CEZ wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Konsorcjum CEZ - żaden z tworzących go wykonawców - nie był w stanie samodzielnie spełnić warunku udziału w postępowaniu, a Zamawiający

zaakceptował de facto sytuację, w której podmioty te samodzielnie, tj. bez udziału podmiotu trzeciego, który dysponuje odpowiednią, wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem, wykonają zadanie 2 i zadanie 3. Nadto wskazał, że zgodnie z ofertą złożoną przez Konsorcjum CEZ, roboty składające się na zadanie 1, są robotami o dużo mniejszej wartości niż roboty składające się na zadanie 2 i łącznie na zadanie 2 i zadanie 3. Wartość robót z zadania 1 to odpowiednio 4.459.331,21 zł brutto (w sytuacji, gdzie warunkiem udziału w postępowaniu było wykonanie dwóch robót budowlanych każda o wartości 7.000.000 zł), a wartość zadania 2 to 12.900.872,01 zł brutto i zadania 3 to 3.638.665,20 zł brutto. Także to zestawienie pokazuje niekonsekwencję Zamawiającego, który wymaga doświadczenia w wykonaniu robót o określonej, relatywnie dużej wartości, a kolejno akceptuje sytuację, że tylko roboty o relatywnie małej wartości będą wykonywane przez podmiot dysponujący wymaganą wiedzą i doświadczeniem.

W przedmiocie zarzutu drugiego Odwołujący podniósł, że nie można mówić o prawidłowym wykazaniu przez Konsorcjum CEZ spełniania warunków udziału w postępowaniu także i z tego względu, że Konsorcjum CEZ nie wykazało, że na dzień złożenia oferty dysponowało zobowiązaniem SKB S.A. do udostępnienia wymaganych przez Zamawiającego zasobów. Zobowiązanie SKB S.A. przedstawione w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pochodzi z dnia 3 sierpnia 2018 r. z tej samej daty pochodzi pełnomocnictwo, w oparciu o które to zobowiązanie to zostało podpisane przez p. P. G.. Biorąc pod uwagę, że Konsorcjum CEZ w ofercie powoływało się na zobowiązanie innego podmiotu i dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego „zastąpiło” podmiot trzeci wskazany w ofercie innym podmiotem, wskazać należy, że z żadnego z dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum CEZ nie wynika, by Konsorcjum CEZ na dzień składania ofert w postępowaniu spełniało warunki udziału w postępowaniu. Również ciąg zdarzeń, w tym oświadczenia składane przez Konsorcjum CEZ, wykluczają taki wniosek. Na potwierdzenie powyższych twierdzeń Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 8 listopada 2017 r. sygn. akt: KIO 2266/17 oraz wyrok z dnia 28 września 2017 r. sygn. akt: KIO 1927/17. Nadto Odwołujący zauważył, że w przedmiotowej sprawie Konsorcjum CEZ było już wzywane do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a co za tym idzie wyżej wskazane uchybienia nie mogą zostać usunięte w drodze kolejnego wezwania Konsorcjum CEZ do uzupełnienia dokumentów.

W zakresie zarzutu trzeciego Odwołujący argumentował, że Konsorcjum CEZ nie podało - poza nazwą obiektu, którego jak można się domyślać dotyczyła inwestycja i jego lokalizacją - danych pozwalających na ustalenie, czy zadania podane w wykazie pozwalają na przyznanie punktów w kryterium, co powinno skutkować przyznaniem wykonawcy 0 punktów. Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum CEZ w formularzu oferty nie wskazało dla p. Wiktora Wnuka opisu/potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego na podstawie tak złożonego oświadczenia, Zamawiający nie może ocenić, czy wykonawcy należą się punkty, czy nie. Podkreślał, że Zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia tej tabeli, nie ma tu bowiem zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie pozwala na tak daleko idącą ingerencję w treść oferty. Na poparcie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 18 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 884/17. Dalej Odwołujący uzasadniał, że działanie Zamawiającego, polegające na uwzględnieniu w ramach procedury z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty i potwierdzenie przez Konsorcjum CEZ opisu/potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego, stanowiło nieuprawnioną ingerencję w treść oferty tego wykonawcy, co doprowadziło do przyznania Konsorcjum CEZ maksymalnej liczby punktów w kryterium „doświadczenie personelu”. Na marginesie Odwołujący dodał, że Zamawiający także względem Odwołującego zastosował procedurę wyjaśnień z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, niemniej inaczej niż w przypadku Konsorcjum CEZ, z treści oferty Odwołującego można było wyczytać, w wykonaniu jakiego zadania dana osoba ma doświadczenie - było wprost wskazane, o przebudowę/rozbudowę jakich obiektów chodzi. Okoliczność, czy w ramach przebudowy lub rozbudowy danego obiektu były wykonywane określone roboty, można było wyjaśnić, skoro wiadomym było, o jakie zadanie chodziło wykonawcy i w tym zakresie nie istniało ryzyko zmiany treści oferty wykonawcy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 sierpnia 2018 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W przedmiocie zarzutu pierwszego Zamawiający uzasadniał, iż wykonawca Konsorcjum CEZ przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia dla potrzeb realizacji całego zamówienia. Ponadto ze zobowiązania SKB S.A. wynika też, że wkład podmiotu trzeciego w realizację zamówienia nie będzie ograniczał się wyłącznie do doradztwa, konsultacji i merytorycznego wsparcia wykonawcy, ale będzie polegał też na wykonaniu prac termomodernizacyjnych. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący błędnie interpretuje zapis „Prace termomodernizacyjne” - znajdujący się w zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania zasobów wykonawcy - i wyciąga nieodpowiednie wnioski, tj. że wskazany przez

wykonawcę podmiot trzeci wykona tylko jedną część zamówienia obejmującego trzy zadania, tj. w zakresie zadania pierwszego pn. „Termomodernizacja budynku przy ul. Dobrzyńskiej 21/23 we Wrocławiu”. Zamawiający wskazał, iż dla wyjaśnienia, jakie prace można zaliczyć do prac termomodernizacyjnych pomocne są definicje przedsięwzięcia termomodernizacyjnego i przedsięwzięcia remontowego związanego z termomodernizacją opisane w ustawie z dnia 21.11.2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (tj. Dz. U. z 2018r., poz. 966). Definicja zawarta w ustawie, co prawda ogranicza te przedsięwzięcia do określonego rodzaju budynków (na potrzeby zawężenia grupy odbiorców wsparcia finansowego), jednak to nie ma znaczenia w naszym przypadku.

Na gruncie art. 2 ust. 2 i 3 w/w ustawy można stwierdzić, że do prac termomodernizacyjnych zaliczamy prace, których przedmiotem jest: a) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków, b) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, c) wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów pozyskania ciepła dostarczanego do budynków, d) całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie wysokosprawnej kogeneracji, e) remont budynków, f) wymiana w budynkach okien lub remont balkonów, g) przebudowa budynków, w wyniku której następuje ich ulepszenie oraz h) wyposażenie budynków w instalacje i urządzenia wymagane dla oddawanych do użytkowania budynków, zgodnie z przepisami techniczno-budowlanymi.

Zamawiający wskazał, że w przypadku niniejszego zamówienia, w ramach wszystkich trzech zadań, składających się na przedmiot zamówienia, znajdują się - niezwykle istotne z punktu widzenia Zamawiającego elementy dotyczące prac termomodernizacyjnych. W zakresie zadania 2 i 3 jest to m.in. modernizacja systemów wentylacji (wykorzystanie wentylacji mechanicznej nawiewno-wyiewnej z odzyskiem ciepła zamiast istniejącej wentylacji naturalnej) oraz modernizacja ogrzewania. Niewątpliwie powyższe zadania stanowią przedsięwzięcia, które wpłyną na obniżenie zużycia ciepła w budynku, a tym samym wypełniają definicję prac termomodernizacyjnych w myśl ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów. Zamawiający argumentował, iż nawet pobieżna analiza dokumentacji projektowej i przedmiarów pozwala jednoznacznie stwierdzić, że podział inwestycji na 3 zadania nie wynika z rodzaju prac, a z pozyskanych źródeł finansowania, a prace termomodernizacyjne są elementem każdego z zadań. Obejmują one między innymi wymianę instalacji ciepłej wody użytkowej we wszystkich pomieszczeniach budynku i wymianę oświetlenia na energooszczędne we wszystkich pomieszczeniach budynku. W konsekwencji chociażby w tej części prace termomodernizacyjne będą dotyczyły wszystkich pomieszczeń budynku i będą realizowane przez cały okres inwestycji. Ponadto, gdyby wykonawca miał na myśli wyłącznie zadanie nr 1: pn. „Termomodernizacja budynku przy ul. Dobrzyńskiej 21/23 we Wrocławiu”, to wyraźnie wskazałby to w zobowiązaniu podmiotu trzeciego. Wnioski, które wyciąga Odwołujący są zbyt daleko idące i niepoprawne. Wg Zamawiającego prace termomodernizacyjne, występujące we wszystkich trzech zadaniach zamówienia, są najbardziej skomplikowane, mają dla Zamawiającego szczególnie istotne znaczenie, gdyż stanowią większą część przedmiotu zamówienia. Podsumowując Zamawiający wskazał, iż nie ma wątpliwości, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, dysponuje wymaganą wiedzą i doświadczeniem oraz zapewni właściwą realizację zamówienia, gdyż podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się wykonawca, udzieli swojej wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji całego zamówienia i będzie wykonywać roboty budowlane dotyczące prac termomodernizacyjnych, które wchodzą w zakres przedmiotowy każdego z zadań.

W zakresie zarzutu drugiego Zamawiający wskazał, że w przypadku dokonania zmiany podmiotu trzeciego w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, co do zasady przedstawia się zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego, innego niż ten, na którego zasoby wykonawca powołał się w swojej ofercie. Udostępnienie tych zasobów następuje więc już po złożeniu oferty przez wykonawcę oraz po wstępnej jej ocenie przez Zamawiającego. Z samej istoty w/w przepisu, który przewiduje zmianę wcześniej wskazanego podmiotu trzeciego na inny, wynika, że zmiana ta odbywa się w związku z niespełnianiem warunków przez pierwotnie wskazany w ofercie podmiot trzeci, a więc już po terminie składania ofert. Twierdzenie, zgodnie z którym wykonawca powinien złożyć nowe zobowiązanie, nowego podmiotu trzeciego, lecz wystawione przed terminem składania ofert, sprowadza wykładnię przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do poziomu absurdu. Musi bowiem prowadzić do wniosku, iż wykonawca w chwili składania ofert powinien posiadać kilka alternatywnych zobowiązań podmiotów trzecich, z których każde pełni funkcję zobowiązania „rezerwowego” i będzie przedstawione Zamawiającemu dopiero wówczas, gdy dojdzie do sytuacji przewidzianej w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, tj. stwierdzenia, że pierwsze ze złożonych zobowiązań nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego. Zamawiający podniósł, że zamiarem ustawodawcy, a co za tym idzie celem analizowanego przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jest umożliwienie wykonawcy (w określonych okolicznościach) przedstawienia zobowiązania

innego podmiotu trzeciego niż podmiot wskazany pierwotnie w ofercie. A skoro tak, to należy odrzucić przedstawioną powyżej absurdalną konkluzję o obowiązku posiadania przez wykonawcę w chwili składania ofert zestawu „rezerwowych” zobowiązań różnych podmiotów trzecich. Powyższy wniosek nie godzi wcale w zasadę równego traktowania wykonawców i nie stawia w gorszej sytuacji innych oferentów. Każdy z nich będzie miał bowiem takie samo prawo do przedstawienia zobowiązania innego podmiotu trzeciego - niż pierwotnie zgłoszony w sytuacji, gdy wynik oceny spełnienia warunków przez ów pierwotnie zgłoszony podmiot będzie negatywny.

Odnosząc się do zarzutu trzeciego Zamawiający podał, iż Konsorcjum CEZ w Formularzu oferty wpisało imię i nazwisko Kierownika budowy, podało informacje dotyczące nadzorowanych przez niego robót oraz podało wartość nadzorowanych robót budowlanych. Zamawiający argumentował, iż nie miał podstaw do przyznania 0 punktów w kryterium doświadczenie personelu, ponieważ wykonawca podał trzy informacje wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. Wprawdzie podane przez wykonawcę informacje, dotyczące nadzorowanych robót, budziły wątpliwości Zamawiającego i w ocenie Zamawiającego wymagały wyjaśnień (podobnie jak informacje podane przez Odwołującego), ale jednak zostały podane w formularzu oferty. Zamawiający zaś zastrzegł w SIWZ, że brak którejkolwiek z „tych trzech informacji” skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w tym kryterium. Brak informacji, a nie sytuacja, w której podano informacje budzące wątpliwości Zamawiającego. Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający miał prawo wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, co też Zamawiający uczynił zarówno w stosunku do w/w konsorcjum, jak i Odwołującego, równo traktując obu wykonawców. Złożone przez obu wykonawców wyjaśnienia nie prowadziły do zmiany treści złożonych ofert, a jedynie rozwiały wątpliwości Zamawiającego i pozwoliły przyznać obu ofertom właściwą punktację.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba

Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2018 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia CEZ ESCO Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Hydrochem DGE S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 20 sierpnia 2018 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia, ofertę Konsorcjum CEZ wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 29 sierpnia 2018 r.

#### Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na modernizacji budynku Wojewódzkiego Zespołu Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej w zakresie termomodernizacji, przystosowania dla potrzeb opieki koordynowanej oraz potrzeb osób niepełnosprawnych. Inwestycja realizowana będzie jako trzy zadania tj.: 1)

„Termomodernizacja budynku przy ul. Dobrzyńskiej 21/23 we Wrocławiu”, 2) „Prosta droga do zdrowia - wdrożenie nowoczesnych standardów opieki koordynowanej dla mieszkańców Dolnego Śląska przez Centrum Medyczne „Dobrzyńska” oraz Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. J. Gromkowskiego” (w zakresie dotyczącym wyłącznie Centrum Medycznego „Dobrzyńska” tj. Wojewódzkiego Zespołu Specjalistycznej Opieki Zdrowotnej), 3) „Przebudowa pomieszczeń Centrum Medycznego „Dobrzyńska” w związku z potrzebami osób niepełnosprawnych”.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ, Zamawiający uzna warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony jeżeli wykonawca wykaże, że: wykonał należycie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie (2) roboty budowlane o wartości brutto nie mniejszej 7 000 000,00 PLN każda, polegające co najmniej na przebudowie lub/i rozbudowie budynku użyteczności publicznej wraz z pracami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych. W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez dwóch lub więcej wykonawców warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli jeden z wykonawców wykaże się całym wymaganym doświadczeniem. Zamawiający nie uzna warunku za spełniony, jeżeli wszyscy uczestnicy w sumie wykażą się wymaganym doświadczeniem, ale żaden z nich indywidualnie go nie wykaże.

Kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu było m.in. doświadczenie personelu o wadze 10%. W ramach tego kryterium, wykonawca w Formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ powinien wykazać, że osoba skierowana do sprawowania funkcji Kierownika budowy pełniła obowiązki jako Kierownik budowy, wykonanej zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej, roboty budowlanej o wartości robót budowlanych co najmniej 7 000 000,00 PLN brutto, polegającej na przebudowie lub/i rozbudowie budynku użyteczności publicznej, obejmującej co najmniej, prace w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych. W ocenie tego kryterium Zamawiający będzie przyznawał punkty w następujący sposób, sprawowanie funkcji kierownika budowy: 1) trzykrotnie - 10 pkt, 2) dwukrotnie - 5 pkt, 3) jednokrotnie - 1 pkt oraz 4) zerokrotnie - 0 pkt. Celem uzyskania punktów w kryterium doświadczenie personelu w Formularzu oferty należało: 1) wpisać imię i nazwisko Kierownika budowy, 2) podać informacje nt. nadzorowanych przez niego robót, tożsamy z powyższym opisem oraz 3) podać wartość nadzorowanych robót budowlanych. Zamawiający zastrzega, że brak

którejkolwiek z tych trzech informacji skutkować będzie przyznaniem 0 punktów w

przedmiotowym kryterium.

Ponadto punkt 4 formularza oferty brzmiał: „Oświadczamy, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji Kierownika budowy, Pan/Pani ..... posiada

doświadczenie w kierowaniu realizacjami spełniającymi wymagania określone w Rozdziale XIII ust. 1 pkt 2 SIWZ - zgodnie z poniższym zestawieniem.” W zestawieniu (tabeli) należało natomiast podać: 1) nazwę realizacji, lokalizację, opis/potwierdzenie spełnienia wymagań Zamawiającego, 2) wartość robót budowlanych, 3) okres pełnienia funkcji kierownika budowy oraz 4) nazwę, adres, dane kontaktowe Inwestora.

Konsorcjum CEZ w punkcie 4 formularza oferty wyznaczyło do pełnienia funkcji kierownika budowy Pana W. W., który posiadał doświadczenie w zakresie czterech przedsięwzięć, tj. 1) Galeria Handlowa Galena w Jaworznie, 2) Centrum Onkologii w Bydgoszczy, 3) Szpital dla Nerwowo Chorych w Ciburzu oraz 4) Dworzec Kolejowy King's Cross w Londynie. Jednocześnie Konsorcjum CEZ podało w odniesieniu do każdego zadania wartość robót budowlanych, okres pełnienia funkcji kierownika budowy, a także dane dotyczące inwestora.

Pismem z dnia 9 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum CEZ w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie doświadczenia

personelu - kierownika budowy Pana W. W., poprzez wskazanie, czy w ramach wskazanych w formularz oferty realizacji były wykonywane prace polegające na przebudowie lub/i rozbudowie budynku użyteczności publicznej, obejmujące co najmniej, prace w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych.

Konsorcjum CEZ w odpowiedzi na powyższe wezwanie Zamawiającego potwierdziło, że w ramach przedsięwzięć wskazanych w poz. 1 - 4 punktu 4 formularza ofertowego były wykonywane prace polegające na przebudowie lub/i rozbudowie budynku użyteczności publicznej obejmujące co najmniej prace w ww. specjalnościach.

Konsorcjum CEZ wraz z ofertą złożyło zobowiązanie podmiotu trzeciego - Moris Polska Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w zakresie powierzonych do wykonania prac termomodernizacyjnych.

Pismem z dnia 12 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum CEZ w trybie art. 26 ust. 2 do złożenia aktualnych na dzień składania oświadczeń i dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy.

Pismem z dnia 31 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum CEZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ. Zamawiający wskazał również Konsorcjum CEZ na możliwość skorzystania z instytucji, o której mowa w art. 22a

ust. 6 ustawy Pzp.

W odpowiedzi powyższe wezwanie Konsorcjum CEZ, powołując się na art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, dokonało zmiany podmiotu trzeciego, z którego zasobów korzystało - Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie została zastąpiona przez SKB S.A. z siedzibą w Warszawie. Do ww. pisma Przystępujący załączył m.in. zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 10 do SIWZ) z dnia 3 sierpnia 2018 r., z którego wynikało, iż ww. podmiot zobowiązuje się do oddania na rzecz Konsorcjum CEZ do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego na okres niezbędny przy wykonywaniu zamówienia w zakresie powierzonych do wykonania prac termomodernizacyjnych. Z tej samej daty pochodziło także pełnomocnictwo 07/2018, w oparciu o które Pan P. G. podpisał ww. zobowiązanie.

Za najkorzystniejszą w postępowaniu Zamawiający uznał ofertę wykonawcy Konsorcjum CEZ, która w kryterium „doświadczenie personelu” otrzymała 10 punktów. Na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego.

#### Izba zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności, w ocenie Izby, zasadnym jest rozpoznanie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum CEZ z postępowania, mimo że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia, a to z uwagi na okoliczność, że Konsorcjum CEZ nie wykazało, że podmiot udostępniający mu wiedzę i doświadczenie zobowiązał się do udostępnienia ww. zasobów przed złożeniem oferty w postępowaniu, tj. że Konsorcjum CEZ spełniało warunki udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty. Izba uznała, iż ww. zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Bezsporna między Stronami była okoliczność, iż Konsorcjum CEZ, powołując się na art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, dokonało zmiany podmiotu trzeciego, z którego zasobów pierwotnie korzystało, tj. Moris Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Wyżej wskazany podmiot trzeci został zastąpiony przez SKB S.A. z siedzibą w Warszawie. Faktem było również to, iż zobowiązanie wykonawcy SKB S.A. z dnia 3 sierpnia 2018 r., uzupełnione na wezwanie Zamawiającego z dnia 31 lipca 2018 r., zostało wystawione po upływie terminu składania ofert, co zresztą przyznał Przystępujący w toku rozprawy. Z tej samej daty

pochodziło również pełnomocnictwo, w oparciu o które zobowiązanie ww. podmiotu podpisał

Pan P. G.

Spór w ww. zakresie wymagał rozstrzygnięcia, czy wykonawca, który dokonuje zastąpienia pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego, stosownie do treści art.

22a ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, winien dysponować zobowiązaniem innego podmiotu nie później niż na moment złożenia oferty.

Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Zgodnie zaś z ust. 2 ww. przepisu, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Dalej, zgodnie z ust. 3 ww. przepisu, zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w Nadto, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp). Z kolei w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, ustawodawca przewidział sytuację, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

W zakresie ww. zarzutu dotyczącego niewykazania przez Konsorcjum CEZ, iż podmiot udostępniający wykonawcy zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia - SKB S.A.

zobowiązał się do ich udostępnienia przed upływem terminu składania ofert Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i Przystępującego. Za Zamawiającym należy zauważyć, iż przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp daje wprost możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie prowadzonej przez Zamawiającego procedury weryfikującej posiadanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności. Jak wskazywał Zamawiający, w przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w ww. trybie, udostępnienie wykonawcom odpowiednich zasobów następuje po upływie terminu składania ofert oraz wstępnej ocenie ofert. Z samej istoty ww. przepisu ustawy Pzp, który dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego w toku postępowania wynika, iż udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Tym samym jak podnosili Zamawiający i Przystępujący twierdzenie Odwołującego, jakoby wykonawca winien złożyć zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego wystawione przed terminem składania ofert, sprowadza wykładnię art. 22a ust. 6 ustawy Pzp do absurdu, ponieważ oznaczałoby, iż wykonawca już w dacie składania ofert musiałby dysponować kilkoma „rezerwowymi” potencjałami trzecimi, na wypadek gdyby zasoby pierwotnie udzielone wykonawcy nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wobec podmiotu trzeciego zachodziły podstawy wykluczenia.

W tym miejscu podkreślić należy, iż w okolicznościach niniejszej sprawy, Odwołujący nie kwestionował, że wskazane w uzupełnionym wykazie roboty budowlane nie zostały wykonane przez SKB S.A. przed upływem terminu składania, ani też że wobec ww. podmiotu trzeciego zachodziły podstawy wykluczenia na moment składania ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ustawy Pzp podnoszony w ww. zakresie nie zasługiwał na uwzględnienie.

Potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum CEZ z postępowania mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wymaganych przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia, a to z uwagi na okoliczność, że Konsorcjum CEZ nie wykazało, że podmiot udostępniający mu wiedzę i doświadczenie zrealizuje roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W powyższym zakresie Izba wskazuje, że w świetle ww. przepisu art. 22a ust. 4 podmiot trzeci zobowiązany jest do zrealizowania robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w sytuacjach określonych niniejszym przepisem zobowiązany jest zatem do zaangażowania podmiotu trzeciego w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację tego przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt. Celem ww. przepisu jest, aby udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie został wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia.

Jak wskazał Sąd Okręgowy we Wrocławiu w wyroku z dnia 14 lipca 2016 r. (sygn. akt X Ga 331/16) wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (obecnie art. 22a ustawy Pzp), musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 25 października 2016 r., sygn. akt. Dyspozycja art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony (por. wyrok KIO z 10 maja 2016 r., sygn. akt.

W świetle powyższego wskazać należy, iż obowiązkiem Konsorcjum CEZ, który powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego - SKB S.A. w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ, było jednoznaczne i niebudzące wątpliwości wykazanie, iż ww. podmiot trzeci zrealizuje zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie, tj. w zakresie przebudowy lub/i rozbudowy budynku użyteczności publicznej wraz z pracami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych. Tylko bowiem wówczas można byłoby uznać, iż udostępnienie zasobów jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a nie miało jedynie wymiar czysto formalny. Ma to o tyle szczególne znaczenie, iż Przystępujący nie wykazywał się w toku postępowania własnym doświadczeniem, a jedynie doświadczeniem podmiotu trzeciego. Tym samym tylko realny i adekwatny udział SKB S.A. w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego mógłby zapewnić Zamawiającemu rękojmię jego należytego wykonania.

W ocenie Izby analiza oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu nie daje odpowiedzi na pytanie, czy SKB S.A. zrealizuje przedmiotowe zamówienie w całym zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie, tj. w zakresie przebudowy lub/i rozbudowy budynku użyteczności publicznej wraz z pracami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych. Jak wynika bowiem z treści zobowiązania SKB S.A., podmiot ten zobowiązał się do oddania na rzecz Konsorcjum CEZ do dyspozycji niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia do realizacji przedmiotowego zamówienia na okres niezbędny przy jego wykonywaniu w zakresie powierzonych do wykonania prac termomodernizacyjnych.

W tym miejscu za Odwołującym wskazać należy, iż Zamawiający nie ograniczył warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ do wykazania się przez wykonawców doświadczeniem wyłącznie w zakresie prac termomodernizacyjnych. Słusznie zatem argumentował Odwołujący, iż zakres zamówienia powierzony podmiotowi trzeciemu ograniczony do ww. rodzaju prac był wąski, do czego zresztą Zamawiający się nie odniósł, skupiając swoją argumentację, na twierdzeniach, iż w ramach każdego zadania będą wykonywane prace termomodernizacyjne. W ocenie Izby ww. warunek udziału w postępowaniu skonkretyzowany przez Zamawiającego nie referował do jednego rodzaju prac - prac termomodernizacyjnych, lecz obejmował znacznie szerszy zakres robót. Powyższe znajduje potwierdzenie w dokumentacji technicznej przedmiotowego postępowania o udzielenie

zamówienia, z której wynika, że szereg prac dotyczył m.in. przebudowy wielu pomieszczeń Szpitala. Tym samym stwierdzić należy, iż skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia, to aby spełnić warunek udziału w postępowaniu w sytuacji braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego musiał udowodnić w sposób niebudzący wątpliwości, że podmiot trzeci zrealizuje przedmiot zamówienia w odpowiadającym treści warunku zakresie, ponieważ tylko wtedy może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi.

Zauważyć również trzeba, iż wymóg by wykonawca posiadał doświadczenie w robotach polegających na przebudowie lub/i rozbudowie budynku użyteczności publicznej miał szczególnie istotne znaczenie dla Zamawiającego, na co wskazuje chociażby treść pisma Zamawiającego z dnia 31 lipca 2018 r. To w ww. piśmie Zamawiający wskazywał, iż w ramach warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ oczekiwał, aby wykonawca wykazał się doświadczeniem zdobytym przy wykonywaniu robót budowlanych dotyczących budynku już istniejącego, stąd też wymóg by wykonawcy wykazali się stosownym doświadczeniem w zakresie przebudowy lub/i rozbudowy budynku.

Wtórna wobec ww. ustaleń Izby jest okoliczność, na którą zwracał uwagę Zamawiający, iż prace termomodernizacyjne występują w ramach każdego z zadań objętych przedmiotem zamówienia. Jakkolwiek Izba podzieliła ww. stanowisko Zamawiającego, to zauważyć należy, iż nie może to zmienić oceny Izby, skoro jak słusznie wskazał Odwołujący, zakres zamówienia, który będzie realizował podmiot trzeci jest zbyt wąski w zestawieniu z treścią warunku z rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ.

Konkludując powyższe, w ocenie Izby Przystępujący nie udowodnił, iż udzielony mu zakres zasobów był wystarczający i adekwatny dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ. Tym samym potwierdziły się stawiane przez Odwołującego w ww. zakresie zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez dokonanie oceny oferty Konsorcjum CEZ w sposób niezgodny z przyjętymi przez Zamawiającego w SIWZ kryteriami oceny ofert, co skutkowało przyznaniem Konsorcjum CEZ maksymalnej ilości punktów w kryterium - doświadczenie personelu, w sytuacji gdy z oświadczeń złożonych przez Konsorcjum CEZ nie wynikało, jakim doświadczeniem dysponuje osoba przewidziana do pełnienia funkcji kierownika budowy, a oświadczenie to nie mogło być zmienione i uzupełnione w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w ocenie Izby, w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Nie ulega wątpliwości, iż informacje zawarte w ofertach i oceniane w ramach kryteriów oceny ofert nie podlegają uzupełnieniom, czy modyfikacjom po upływie terminu składania ofert. W orzecznictwie Izby wskazuje się na dopuszczalność ewentualnych wyjaśnień treści oferty w zakresie informacji podlegających ocenie w świetle kryteriów oceny ofert w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże powyższe musi być wykonywane bardzo ostrożnie, tak, aby nie prowadziło do zmiany oferty, w tym także jej niedozwolonego uzupełnienia. Powyższe nie może także prowadzić do wrażenia negocjowania przez zamawiającego i wykonawcę treści oferty, w szczególności w celu przyznania jej dodatkowych punktów (tak KIO w wyroku z dnia 22 lutego 2017 r. sygn. akt: KIO 290/17). Zauważyć bowiem należy, iż oświadczenie wykonawcy w zakresie elementów oferty ocenianych w ramach kryteriów oceny ofert ma szczególne znaczenie, gdyż wpływa bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Zgodnie natomiast z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba wskazuje, iż Zamawiający oceniał oferty wykonawców w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert dotyczącego doświadczenia personelu opierając się wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy zawartym w punkcie 4 formularza ofertowego. Dalej dostrzec należy, iż z rozdziału XIII ust. 1 ppkt 2 SIWZ wynikało, iż Zamawiający uzależniał przyznanie punktów w ww. kryterium oceny ofert od podania przez wykonawcę trzech informacji, tj. imienia i nazwiska Kierownika budowy, informacji nt. nadzorowanych przez niego robót, tożsamy z opisem zamieszczonej w SIWZ oraz wartości nadzorowanych robót budowlanych, zastrzegając przy tym, iż brak którejkolwiek z ww. informacji skutkować będzie

przyznaniem 0 punktów w przedmiotowym kryterium. Z kolei w tabeli zawartej w punkcie 4 formularza oferty Zamawiający oczekiwał od wykonawców podania nazwy realizacji, lokalizacji, opisu/potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego, wartości robót budowlanych, okresu pełnienia funkcji kierownika budowy oraz nazwy, adresu, danych kontaktowych inwestora.

Konsorcjum CEZ w punkcie 4 formularza ofertowego oświadczyło, że osoba wyznaczona do pełnienia funkcji Kierownika budowy, Pan W. W. posiada doświadczenie w kierowaniu realizacjami spełniającymi wymagania określone w rozdziale XIII ust. 1 pkt 2 SIWZ, zgodnie z zestawieniem zawartym w tabeli. Ponadto Konsorcjum CEZ w kolumnie, w której Zamawiający wymagał podania nazwy realizacji, lokalizacji oraz opisu/potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego - nie podało, w odniesieniu do każdej z 4 realizacji, opisu/potwierdzenia spełnienia wymagań Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Izba wskazuje, iż Odwołujący nie dokonał oceny oświadczenia złożonego przez Konsorcjum CEZ w punkcie 4 formularza ofertowego w sposób kompleksowy. Odwołujący pominął, iż ww. punkt załącznika nr 1 do SIWZ, sam w sobie zawierał już oświadczenie wykonawcy, iż osoba wyznaczona do pełnienia funkcji kierownika budowy, posiada doświadczenie w kierowaniu realizacjami spełniającymi wymagania określone w Rozdziale XIII ust. 1 pkt 2 SIWZ, tj. że pełniła obowiązki jako kierownik budowy, wykonanej zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej, roboty budowlanej o wartości robót budowlanych co najmniej 7 000 000,00 PLN brutto, polegającej na przebudowie lub/i rozbudowie budynku użyteczności publicznej, obejmującej co najmniej, prace w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, elektrycznej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: elektrycznych i elektroenergetycznych, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń: wodociągowych i kanalizacyjnych, ciepłych i wentylacyjnych. Tym samym oświadczenie złożone przez Konsorcjum CEZ w ww. punkcie należało czytać w ten sposób, iż w ramach każdej realizacji podanej w tabeli Pan W. W. pełnił obowiązki kierownika budowy dla roboty budowlanej o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN brutto polegającej na przebudowie lub/i rozbudowie budynku użyteczności publicznej, obejmującej co najmniej, prace w wymaganych przez Zamawiającego specjalnościach.

W konsekwencji powyższego nie można podzielić argumentacji Odwołującego, jakoby działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Konsorcjum CEZ w trybie 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie doświadczenia personelu, a następnie potwierdzenie przez Konsorcjum CEZ spełnienia wymagań określonych w rozdziale XIII ust. 1 pkt 2 SIWZ przez osobę dedykowaną na stanowisko kierownika budowy w odniesieniu do każdego zadania z tabeli punktu 4 formularza ofertowego, stanowiło nieuprawnioną ingerencję w treść oferty tego wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do przyznania Konsorcjum CEZ maksymalnej liczby punktów w omawianym kryterium.

W świetle powyższego stawiane przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 tj.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stanowiące łącznie kwotę 13 600 zł.

Przewodniczący: .....