Sygn. akt KIO 905/17
Sygn. akt KIO 925/17
Sygn. akt KIO 933/17

WYROK
z dnia 26 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu, w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Erbud" Sp. z o.o. w Rybniku oraz w dniu 8 maja 2017 r. przez wykonawcę Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Katowice w Katowicach

przy udziale wykonawcy NDI S.A. w Sopocie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17 i KIO 933/17 oraz wykonawcy Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 925/17

orzeka:

1.1. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu (KIO 905/17);
1.2. uwzględnia odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Erbud" Sp. z o.o. w Rybniku w zakresie części III postępowania i nakazuje Miastu Katowice w Katowicach powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie wykonawcy Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie do udzielenia wyjaśnień dotyczących okresu doświadczenia Pana T.G. oraz przewidywanego udziału

---

Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego ELZABUD Sp. z o.o. w wykonaniu zamówienia oraz zakresu prac realizowanych przez ten podmiot w inwestycji pt. Budowa Centrum Rekreacji Wodnej w Elblągu Etap I, pozostałe zarzuty odwołania uznaje za niepotwierdzone (KIO 925/17);
1.3. oddala odwołanie wykonawcy Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie (KIO 933/17)
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu, Miasto Katowice oraz wykonawcę Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Erbud" Sp. z o.o. w Rybniku tytułem wpisów od odwołania oraz zasądza od Miasta Katowice na rzecz Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlane „Erbud" Sp. z o.o. w Rybniku kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiące uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
2.3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 905/17
Sygn. akt KIO 925/17
Sygn. akt KIO 933/17

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Katowice w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa" lub „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Budowa trzech basenów w dzielnicach Katowic" w lokalizacjach: I część Katowice - Szopienice - Burowiec, ul. Hallera/ ul. Konna, II część Katowice - Brynów, ul. Kościuszki, III część Katowice - Ligota - Zadole, ul. Wczasowa. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13.12.2016 r. pod numerem w 2016/S 240-436977. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania odwołania wnieśli: 5 maja 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu, 8 maja 2017 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Erbud" Sp. z o.o. w Rybniku oraz 8 maja 2017 r. wykonawca Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie. Odwołujący zachowali termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu (KIO 905/17):

Odwołujący wniósł odwołanie w związku z wyborem najkorzystniejszej oferty w częściach I i II postępowania. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 26 ust. 3, art. 82 ust. 2, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez:

1. dokonanie wyboru oferty wykonawcy NDI S.A. jako najkorzystniejszej;
2. zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy NDI S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej również jako „SIWZ");
3. zaniechania wykluczenia wykonawcy NDI S.A. z udziału w postępowaniu, pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności

---

technicznej lub zawodowej, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp;

4. błędnego uznania, że treść oferty wykonawcy NDI S.A., spełnia wymagania SIWZ, podczas gdy oferta zawierała braki pozycji kosztorysowych, które skutkować winny jej odrzuceniem;
5. dokonania zmian w treści oferty wykonawcy NDI S.A. z naruszeniem zasad przewidzianych w art. 87 ust 1 i ust. 2 pkt 3 Pzp, polegających na przeniesieniu cen jednostkowych z kosztorysów złożonych wraz z ofertą dla innej części zamówienia;
6. zastosowania trybu poprawy omyłek, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w stosunku do formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej również jako „JEDZ") z pominięciem procedury jego uzupełniania i poprawiania, przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu

unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy NDI S.A. w I i II części zamówienia, ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia ofert firmy NDI S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z warunkami wskazanymi w SIWZ. Wniósł również o dopuszczenie dowodów przywołanych w treści odwołania w celu wykazania okoliczności w nim wskazanych oraz o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania.

NDI S.A. w Sopocie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Erbud" Sp. z o.o. w Rybniku (KIO 925/17):

Odwołujący podniósł zarzuty wobec czynności polegających na:
1. nieprawidłowym badaniu i ocenie ofert wykonawców sklasyfikowanych: w I części na pozycji pierwszej i drugiej, w II części na pozycji pierwszej, drugiej i trzeciej, w III części na pozycji pierwszej co miało wpływ na wynik postępowania;
2. nieuzasadnionym przyznaniu wykonawcy NDI S.A punktów w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co miało wpływ na ranking ocenianych ofert, a w konsekwencji na wynik postępowania odnośnie części I i II;
3. zaniechaniu odrzucenia oferty NDI S.A. mimo, iż oferta tego wykonawcy nie odpowiada

---

treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
4. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy NDI S.A. mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadził Zamawiającego w błąd;
5. nieuzasadnionym przyznaniu wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu, dalej również jako **"Konsorcjum** BPBP" albo „Konsorcjum" punktów w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co miało wpływ na ranking ocenianych ofert, a w konsekwencji na wynik postępowania odnośnie części I i II;
6. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, iż oferta Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
7. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum mimo, iż Konsorcjum nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
8. nieuzasadnionym przyznaniu wykonawcy Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. (dalej również jako Alstal) punktów w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, co miało wpływ na ranking ocenianych ofert, a w konsekwencji na wynik postępowania odnośnie części I, II i III;
9. zaniechaniu odrzucenia oferty Alstal mimo, iż oferta Alstal nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; 10. zaniechaniu wykluczenia Alstal mimo, iż Alstal nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
11. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez NDI (część I i II) oraz Alstal (część III) oraz umiejscowienie na pozycji drugiej Konsorcjum (część I i II), na pozycji trzeciej Alstal (część II).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu – w związku z ofertą NDI S.A. naruszenie:
1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22d ust 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art 22d ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust 3 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o

udzielenie zamówienia mimo, iż wykonawca ten wprowadził zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. art 87 ust. 1 Pzp polegające na prowadzeniu przez zamawiającego z NDI S.A.

negocjacji co do złożonej oferty;
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art 22d ust 1 i 2 Pzp w zw. z art 82 ust. 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty NDI S.A. mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
5. art. 7 ust 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp polegające na niezgodnym z przepisami ustawy wyborze NDI S.A., w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Czynnościom zamawiającego w zakresie oferty Konsorcjum BPBP odwołujący zarzucił naruszenie w szczególności:
1. art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Konsorcjum mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art 87 ust. 1 Pzp polegające na prowadzeniu przez zamawiającego z Konsorcjum negocjacji co do złożonej oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
4. art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust 1 Pzp polegające na niezgodnym z przepisami ustawy wyborze Konsorcjum, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Czynnościom zamawiającego w zakresie oferty Alstal grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. odwołujący zarzucił naruszenie, w szczególności:
1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 22d ust 1 i 2 PZP w zw. z art. 82 ust. 3 PZP polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Alstal mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 2 Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Alstal mimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
3. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust 1 Pzp polegający na niezgodnym z przepisami ustawy wyborze Alstal, w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na te uchybienia zamawiającego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:
a. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części I, II i III;
b. powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej;

c. wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców: NDI, Konsorcjum i Alstal, względnie odrzuceniu oferty złożonych przez wykonawców: NDI, Konsorcjum i Alstal.

Żądał również zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania według norm prawem przepisanych, dopuszczenia dowodów z dokumentacji przetargowej oraz dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na okoliczności wynikające z ich treści.

Wykonawcy NDI S.A. w Sopocie oraz Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie (KIO 933/17):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

W części I postępowania:

1. art. 7 ust. 1 w zw. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy NDI do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że ceny wskazanych w uzasadnieniu pozycji kosztorysowych wydają się rażąco niskie;
2. art. 7 ust. 1 w zw. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Konsorcjum do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że ceny wskazanych w uzasadnieniu pozycji kosztorysowych wydają się rażąco niskie;
3. art. 7 ust. 1 w zw. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy ERBUD do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że ceny wskazanych w uzasadnieniu pozycji kosztorysowych wydają się rażąco niskie.

W części II postępowania:

1. art. 7 ust. 1 w zw. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy NDI do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że ceny wskazanych w uzasadnieniu pozycji kosztorysowych wydają się rażąco niskie;
2. art. 7 ust. 1 w zw. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że ceny wskazanych w uzasadnieniu pozycji kosztorysowych wydają się rażąco niskie.

W części III odwołujący z ostrożności procesowej - w przypadku złożenia odwołania przez

---

NDI kwestionującego odrzucenie oferty tego wykonawcy jako sprzecznej z treścią SIWZ – postawił zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy NDI do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że ceny wskazanych w uzasadnieniu pozycji kosztorysowych wydają się rażąco niskie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty NDI jako najkorzystniejszej w części I i II postępowania;
2. wezwanie wykonawcy NDI do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji kosztorysowych wskazanych w uzasadnieniu odwołania dot. części I i II postępowania, a w razie ich niezłożenia lub złożenia wyjaśnień niepotwierdzających, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska, odrzucenie tej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust, 1 pkt 4 Pzp;
3. wezwanie wykonawcy Konsorcjum do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji kosztorysowych wskazanych w uzasadnieniu odwołania doi części I i II postępowania, a w razie ich niezłożenia tub złożenia wyjaśnień niepotwierdzających, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska, odrzucenie tej oferty na podstawie art. 90 ust 3 w zw. z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp;
4. wezwanie ERBUD do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji kosztorysowych wskazanych w uzasadnieniu odwołania dot. części I postępowania, a w razie ich niezłożenia lub złożenia wyjaśnień niepotwierdzających, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska, odrzucenie tej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
5. w razie przywrócenia się wykonawcy NDI do udziału w postępowaniu, wezwanie wykonawcy NDI do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie pozycji kosztorysowych wskazanych w uzasadnieniu odwołania dot. części III Postępowania, a w razie ich niezłożenia lub złożenia wyjaśnień niepotwierdzających, że cena oferty tego wykonawcy nie jest rażąco niska, odrzucenie tej oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

NDI S.A. w Sopocie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której

strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bielskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. w Bielsku-Białej, Energopol Trade Opole Sp. z o.o. w Opolu (KIO 905/17):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności po uznanej za najkorzystniejszą ofercie NDI S.A., zatem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia, a naruszenia przepisów zarzucane zamawiającemu grożą odwołującemu możliwością poniesienia szkody.

Odwołanie okazało się niezasadne.

Zgodnie z pkt 44 ust. 3) lit. g SIWZ „W przypadku braku pozycji kosztorysu Zamawiający odrzuci ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - jeśli omyłki te spowodują istotną zmianę w treści oferty. (Oferta nie będzie podlegała odrzuceniu jeśli zmiany będą nieistotne, a Zamawiający na postawie kosztorysu ofertowego danego wykonawcy będzie mógł jednoznacznie ustalić cenę jednostkową danej pozycji kosztorysowej)".

W toku badania i oceny ofert zamawiający w ofercie firmy NDI S.A. stwierdził braki pozycji kosztorysowych, odpowiednio:

1. Dla części I zadania: Katowice - Szopienice - Burowiec, ul. Hallera/ul. Konna:
- pozycji 96e - kosztorys „instalacja wentylacji i klimatyzacji" - izolacja kanałów wełną mineralną powlekaną folią aluminiową - gr. 30 mm - ilość: 2450,000 m ^{2} ;
- pozycji 96e - kosztorys „instalacja wentylacji i klimatyzacji" - izolacja kanałów wełną mineralną powlekaną folią aluminiową - gr. 50 mm - ilość: 1950,000 m ^{2} ;
- pozycji 22a - kosztorys „instalacja solarna" - dostawa materiału - Sterownik z szafą elektryczną wraz z okablowaniem -1,000 szt.;
- pozycji 51b - kosztorys „zagospodarowanie terenu" – anal. indyw. - Montaż bramy rozwieranej dwuskrzydłowej kompletnej -1 kpl.

2. Dla części II zadania: Katowice - Brynów, ul. Kościuszki:
- pozycji 96e - kosztorys „instalacja wentylacji i klimatyzacji" - izolacja kanałów wełną mineralną powlekaną folią aluminiową - gr. 30 mm - ilość: 2450,000 m ^{2} ;
- pozycji 96e - kosztorys „instalacja wentylacji i klimatyzacji" - izolacja kanałów wełną mineralną powlekaną folią aluminiową – gr. 50 mm - ilość: 1950,000 m ^{2} ;
- pozycji 22 - kosztorys „instalacja solarna" - kalkulacja własna - Dostawa materiału - Sterownik z szafką elektryczną wraz z okablowaniem -1,000 szt.;

- pozycji 91 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - sieci wodociągowe - połączenie rur polietylenowych ciśnieniowych PE, PEHD metodą zgrzewania czołowego o śr. zewn. 225-13 złącz.;
- pozycji 92 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - sieci wodociągowe - montaż kształtek ciśnieniowych PE, PEHD o połączeniach zgrzewano-kołnierzowych (tuleje kołnierzowe na luźny kołnierz) o śr. zewnętrznej 225 mm - 4,000 szt.;
- pozycji 93 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - zasuwy typu „E" kołnierzowe z obudową o śr. do 200 mm montowane na rurociągach PVC i PE - 2,000 kpl.;
- pozycji 94 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - kalkulacja własna - Przełączenie rurociągu 225 - pod nadzorem Katowickich Wodociągów – 1.000 kpl.;
- pozycji 96 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - Fundament pod zasuwy - 2,000 szt.;
- pozycji 97 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - Próba wodna szczelności sieci wodociągowych z rur typu HOBAS, PCW, PVC, PE, PEHD o śr. 200 mm - 0,470 200m - 1 prób.;
- pozycji 98 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - Jednokrotne płukanie sieci wodociągowych o śr. nominalnej 200-250 mm - 0,470 odc. 200 m;
- pozycji 99 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - Dezynfekcja rurociągów sieci wodociągowych o śr. nominalnej 200-250 mm - 0,470 odc. 200 m;
- pozycji 100 - kosztorys „zewnętrzne sieci wod-kan" - Oznakowanie trasy wodociągu - 94,000 m.

Zamawiający dla części ze wskazanych wyżej pozycji dokonał ustalenia cen jednostkowych

przez ich przeniesienie z podobnych pozycji w kosztorysach złożonych wraz z ofertą dla innych części zamówienia. W stosunku do pozostałych pozycji zamawiający wyjaśnił, że nie można było w stosunku do nich ustalić jednoznacznie ich cen jednostkowych, komisja przetargowa uznała zaś, że brak tych pozycji nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, a omyłki te poprawione zostały przez zamawiającego poprzez przyjęcie, że pozycje te ujęte są w kosztach ogólnych w uśrednionej wartości obliczonej przy uwzględnieniu analizy wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W związku z powyższym zamawiający pismem z 23 marca 2017 r. poinformował wykonawcę o poprawieniu stwierdzonych omyłek w trybie art. 87 ust. 3 pkt 2 i 3 Pzp, podając jednocześnie szczegółowe wyjaśnienia co do czynności podjętych w stosunku do każdej z brakujących pozycji.

Rozstrzygnięcie zarzutów wywodzonych z tego bezspornego stanu faktycznego wymaga przede wszystkim odpowiedzi na pytanie, czy postanowienie pkt 44 ust. 3) lit. g SIWZ wyłącza możliwość poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w sytuacji braku możliwości ustalenia wysokości ceny danej pozycji kosztorysowej oraz braku pozycji kosztorysowej, bowiem zamawiający nie przewidział natomiast w SIWZ możliwości uznania, że pozycja taka skalkulowana została w innej pozycji kosztorysu.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie z powołanym postanowieniem SIWZ brak możliwości ustalenia wartości danej pozycji spowoduje obowiązek odrzucenia oferty jedynie w

przypadku, gdy pominięcie takie będzie miało charakter istotny. Zamawiający zredagował powołane postanowienie SIWZ niejednoznacznie, jednak w zdaniu pierwszym wyraźnie stwierdził, że odrzucenie oferty nastąpi jeśli w odniesieniu do treści oferty omyłka będzie mieć charakter istotny.

Zamawiający nie jest w prawie wprowadzać do dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia wymagań, które w sposób oczywisty stoją w sprzeczności z bezwzględnie obowiązującymi przepisami ustawy. Nastąpiłoby to w sytuacji, gdyby sam fakt braku możliwości ustalenia ceny pozycji powodował odrzucenie oferty bez zbadania, czy pominięta pozycja ma istotne znaczenie dla treści oferty pod względem wartości oraz rodzaju. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp ma charakter *ius cogens,* zatem zakres jego stosowania nie może być ograniczony czynnością zamawiającego.

Kierując się tymi racjami Izba uznała poprawienie omyłek w ofercie przystępującego za zgodne z ustawą przede wszystkim z powodu ich nieistotnego charakteru. Omyłki, co do których zamawiający nie znalazł podstaw do ustalenia ich wartości w ilości i wartości odpowiednio: dwie w części I – 79.967,75 zł – ok. 0,407% ceny oferty oraz 8 w części drugiej – 84.161,94 zł – 0,411% ceny oferty, nie są istotne zarówno w odniesieniu do liczby wszystkich pozycji kosztorysu, ceny ofert przystępującego, jak i ze względu na merytoryczną zawartość tych pozycji. Dowody na twierdzenie przeciwne nie zostały przedstawione przez odwołującego.

W szczególnych okolicznościach faktycznych sprawy Izba uznała również za prawidłowe poprawienie omyłek w treści kosztorysów w danych częściach przez przeniesienie wartości danej pozycji wskazanej w jednej z części do kosztorysu ofertowego w drugiej części. Orzecznictwo wskazuje wprawdzie, że poszczególne części zamówienia są *de facto* odrębnymi zamówieniami, gdyż wykonawca składa odrębne oferty na dane części, jednak nie można pomijać tego, że w badanym postępowaniu niespornie każda z trzech części będzie realizowana na podstawie tego samego projektu. Tożsamość ta w braku dowodów na twierdzenie przeciwne uzasadnia tezę, że wartość poszczególnych pozycji kosztorysu we wszystkich częściach będzie taka sama lub co najmniej nie będzie między nimi znaczących różnic. Zestawienie tej okoliczności z wartością dodanych w ten sposób pozycji stanowiących około 0,4% dla każdej części zamówienia uzasadnia zastosowanie przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Do innej oceny nie prowadzi również całościowe spojrzenie na wszystkie poprawki dokonane przez zamawiającego.

Izba uznała w konsekwencji, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż na podstawie akt postępowania Izba ustaliła, że zamawiający jednakowo poprawiał omyłki stwierdzone w ofertach wykonawców oraz w sposób przejrzysty przekazał informację o przyjętej przez siebie metodologii poprawy i jej wynikach.

NDI S.A. wraz z ofertą złożył formularz JEDZ, w którym nie podał w części II B formularza wszystkich osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy, nie wpisał w części II C formularza danych podmiotu, na zasoby którego wykonawca powoływał się w postępowaniu oraz popełnił błędy w części II D formularza. Zamawiający poprawił te uchybienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp przez uzupełnienie brakujących danych oraz wykreślenie danych z miejsc, w których jego zdaniem zostały one w sposób niewłaściwy wprowadzone, o czym poinformował przystępującego pismem z 5 kwietnia 2017 r. Zamawiający ponownie zastosował ten przepis poprawiając w JEDZ omyłki polegające na nieuwzględnieniu w formularzu danych podmiotu, na zasoby którego wykonawca powoływał się w postępowaniu - w trybie przewidzianym w art. 22 ust 6 Pzp i poinformował o tym wykonawcę pismem z 24 kwietnia 2017 r. (kopia w aktach sprawy). Przystępujący wyraził zgodę na opisane poprawienie pismem z 24 kwietnia 2017 r. (kopie w aktach sprawy).

Należy zgodzić się z odwołującym, że co do zasady błędy popełnione przy wypełnianiu JEDZ podlegają sanacji przez uzupełnienie tego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z jasnym brzmieniem przywołanego przepisu znajduje on zastosowanie, jeśli JEDZ (będący oświadczeniem, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp) jest niekompletny lub zawiera błędy. W ten sposób powinna być również wykładana możliwość poprawienia JEDZ wskazana w art. 26 ust. 3 Pzp. Skoro to zamawiający wzywa do poprawienia oświadczeń lub dokumentów, poprawienie JEDZ jest zadaniem wykonawcy, nie zamawiającego.

Nieprawidłowe działanie wykonawcy nie ma jednak znaczenia dla możliwości uwzględnienia odwołania. Nie jest sporne, że poprawa JEDZ przez zamawiającego nastąpiła na podstawie danych, którymi zamawiający dysponował w badanym postępowaniu, a których

źródłem

były złożone oświadczenia i dokumenty. Dostrzec zatem trzeba, że art. 26 ust. 6 Pzp zwalnia wykonawcę od obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, jeśli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych. Skoro zatem w sytuacji, gdy zamawiający ma oczekiwane informacje lub może je uzyskać wykonawca nie musi składać oświadczeń i dokumentów w ogóle

Jednym z warunków udziału w postępowaniu - zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu oraz zapisami części III pkt 14 ust. 2) SIWZ - było wykazanie się posiadaniem zdolności technicznej lub zawodowej w postaci wykonania co najmniej jednego zadania polegającego na budowie obiektu kubaturowego basenu/aquaparku o wartości nie mniejszej niż 25 mln zł brutto i kubaturze nie mniejszej niż 25.000,00 m^3. Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 42, zamieszczonej na stronie internetowej UM Katowice 23 grudnia 2016 r. zamawiający potwierdził, że w przypadku składania ofert na więcej niż jedną część, wystarczające będzie wykazanie się wykonaniem jednego, tj. tego

---

samego zadania polegającego na budowie obiektu kubaturowego basenu/ Aquaparku o wartości nie mniejszej niż 25 min zł brutto i kubaturze nie mniejszej niż 25.000,00 m^3. Na potwierdzenie powyższego wykonawca NDI S.A. przedłożył wraz z ofertą oświadczenie podmiotu trzeciego - HARTUNA Sp. z o.o. - dotyczące udostępnienia zasobów dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, w zakresie wykonania zadania inwestycyjnego pn. „Zaprojektowanie i wybudowanie zespołu obiektów Gimnazjum Gminnego wraz z zagospodarowaniem terenu i wykonaniem niezbędnej infrastruktury, zlokalizowanego przy ul. Żeromskiego w Kossakowie". Z uwagi na znacznie szerszy niż wymagany w przedmiotowym postępowaniu zakres wykonanych robót zdaniem zamawiającego nie potwierdzono w sposób jednoznaczny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. W związku z tym zamawiający zwrócił się do wykonawcy NDI S.A. pismem z 19 kwietnia 2017 r. o udzielenie stosownych wyjaśnień, bądź też zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem, lub zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia - zgodnie z trybem przewidzianym w art. 22a ust. 6 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego NDI S.A. pismem z 20 kwietnia 2017 r. złożyła nowy wykaz wykonanych robót budowlanych oraz oświadczenie o udostępnieniu niezbędnych zasobów przez podmiot trzeci - firmę Construcciones y promociones Balzola S.A. W wykazie robót budowlanych wskazano realizację zadania inwestycyjnego pn. „Budowa zespołu obiektów sportowych w Portugalete". Jako dowód należytego wykonania i prawidłowego ukończenia robót budowlanych objętych owym zamówieniem załączono zaświadczenie dotyczące realizacji wraz z tłumaczeniem przysięgłym z

języka hiszpańskiego. Zamawiający wezwał do wyjaśnień, czy w ramach tego zadania został wykonany obiekt o wymaganej kubaturze i wartości, na co uzyskał wyjaśnienia.

Odwołanie nie zarzuca, że inwestycja w Portugalete nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, istota sporu sprowadza się zatem do kwestii prawnej. Odwołujący twierdzi, że wobec wskazania nowej roboty budowlanej zamawiający nie jest już uprawniony do wyjaśniania ewentualnych wątpliwości wynikających z zakresu tej roboty. Izba nie zgadza się z tą tezą. W orzecznictwie i obrocie dobrze ugruntowała się teza o jednokrotnym wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, których wykonawca nie złożył zamawiającemu wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo jeśli złożone oświadczenia nie potwierdzają wymaganych okoliczności. Nie oznacza to jednak, że złożone w wyniku wezwania oświadczenia i dokumenty nie podlegają wyjaśnieniu. Przeciwnie, art. 26 ust. 4 Pzp mający charakter bezwzględnie obowiązujący stanowi podstawę do uzyskania niezbędnych wyjaśnień przez zamawiającego. Nie można pominąć, że – tak jak w okolicznościach sporu - zakres danej umowy może być szerszy niż wymagany dla wykazania warunków udziału w postępowaniu a dokumenty potwierdzające należyte wykonanie umowy z reguły nie są wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania, zatem samo określenie przedmiotu umowy referencyjnej lub brzmienie

dokumentu potwierdzającego jej należyte wykonanie często nie współbrzmi z opisem warunku udziału w postepowaniu, w którym dany wykonawca ubiega się o udzielenie zamówienia. Uzasadnia to dodatkowo konieczność uzyskania wyjaśnień, tak aby zamawiający nie wykluczał z postępowania wykonawcy, który posiada wymagane zdolności techniczne i zawodowe, wyłącznie z powodu nieadekwatności treści składanych przez niego dokumentów do opisu wymagań zamawiającego. Zamawiający zgodnie z prawem skorzystał możliwości uzyskania wyjaśnień umowy referencyjnej, na którą powołał się NDI S.A. W związku z tym Izba uznała, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Erbud" Sp. z o.o. w Rybniku (KIO 925/17):

Odwołujący spełnił przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania pozwoli odwołującemu na uzyskanie zamówienia we wszystkich trzech częściach postępowania, gdyż zarzuty odwołania dotyczą badania i ocenie ofert wykonawców sklasyfikowanych: w I części na pozycji pierwszej i drugiej, w II części na pozycji pierwszej, drugiej i trzeciej, w III części na pozycji pierwszej.

Odwołanie okazało się zasadne w części.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący nieuzasadnionego przyznania wykonawcy NDI S.A., Konsorcjum BPBP oraz Alstal punktów w ramach kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

W pkt 14 ppkt 2 SIWZ zamawiający wymagał spełnienia następujących warunków w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

I. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali co najmniej jedno zadanie polegające na budowie obiektu kubaturowego basenu/aąuaparku o wartości nie mniejszej niż 25 min zł brutto i kubaturze nie mniejszej niż 25000 m ^{3};

II. dysponował osobami posiadającymi niżej określone kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie oraz wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, tj. posiadającymi uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie Prawo Budowlane lub odpowiadające im ważne uprawnienia, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów:

„a) Przedstawiciel Wykonawcy (Kierownik Kontraktu Wykonawcy) - musi posiadać wykształcenie wyższe, uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie, mieć co najmniej 5-cio letnie doświadczenie w zarządzaniu kontraktami na roboty

budowlane jako Kierownik kontraktu (lub równoważne stanowisko) lub Kierownik budowy oraz doświadczenie w reprezentowaniu Wykonawcy względem Zamawiającego podczas realizacji dwóch

inwestycji o wartości każdej min. 25 mln zł (Zamawiający nie dopuszcza możliwości łączenia kilku inwestycji w celu uzyskania wymaganej kwoty 25 mln zł);

b) Kierownik Budowy - musi posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności konstrukcyjno - budowlanej, bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie - Prawo Budowlane.

W przypadku, gdy osoby wskazane będą posiadały uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winny wykazać, że posiadają uprawniania budowlane w w/w specjalności.

Dodatkowo osoby wskazane do pełnienia tej funkcji winny posiadać min. 5 letnie doświadczenie w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych, w tym co najmniej przy jednej zakończonej inwestycji budowlanej polegającej na budowie obiektu o kubaturze min. 25.000,00 m 3 , Kierownik Robót Sanitarnych - musi posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie - Prawo Budowlane.

W przypadku, gdy osoba wskazana do kierowania robotami sanitarnymi będzie posiadała uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winna wykazać, że posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie sieci sanitarnych i w zakresie instalacji Dodatkowo osoby wskazane do pełnienia tej funkcji winny posiadać min. 5 letnie doświadczenie w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych;

Kierownik Robót Elektrycznych - musi posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie - Prawo Budowlane.

W przypadku, gdy osoba wskazana do kierowania robotami elektrycznymi będzie posiadała uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winna wykazać, że posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjno- inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych

Dodatkowo osoby wskazane do pełnienia tej funkcji winny posiadać min. 5 letnie doświadczenie w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych;

Kierownik Robót Drogowych - musi posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności drogowej bez ograniczeń, odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie - Prawo Budowlane.

W przypadku, gdy osoby wskazane będą posiadały uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winny wykazać, że posiadają uprawniania budowlane w w/w specjalności.

Dodatkowo osoby wskazane do pełnienia tej funkcji winny posiadać min. 5 letnie doświadczenie w kierowaniu pracami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych;

f) Kierownik Robót Telekomunikacyjnych - musi posiadać uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności telekomunikacyjnej, bez ograniczeń odpowiadające wymaganiom określonym w ustawie - Prawo Budowlane.

W przypadku gdy wskazane osoby będą posiadały uprawnienia wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów to winny wykazać, że posiadają uprawniania budowlane bez ograniczeń w telekomunikacji przewodowej oraz w telekomunikacji radiowej.

Dodatkowo osoby wskazane do pełnienia tej funkcji winny posiadać min. 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami telekomunikacyjnymi".

W części VIII pkt 44 ppkt 1 SIWZ zamawiający opisując przebieg badania i oceny oferty wskazał, iż: „W celu wyboru wykonawcy zamówienia, wszystkie oferty zostaną dokładnie przebadane pod względem kwalifikacji i wiarygodności wykonawców oraz poziomu cen ofertowych, terminów wykonania zamówienia publicznego, gwarancji". W części IX SIWZ zamawiający opisał tryb i zasady wyboru najkorzystniejszej oferty. W punkcie 47 określone zostały kryteria oceny ofert, na które składają się cena 60 % oraz doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia 40%. W punkcie 48 zamawiający w zakresie kryterium doświadczenia podał:

„Wykonawca w tym kryterium otrzyma dodatkowe punktu jeśli dysponuje osobami, którzy będą realizować zamówienie posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie wymagane w pkt 14.2 siwz a ponadto posiadającymi doświadczenie w realizacji inwestycji polegającej na budowie basenu/aąuaparku - 50 punktów (przemnożonych przez znaczenie kryterium 40% = 20 pkt) jeśli dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń, która posiada min. 5-do letnie doświadczenie

zawodowe związane z uzyskanymi uprawnieniami;

- 25 punktów (przemnożonych przez znaczenie kryterium 40% =10 pkt) jeśli dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych, bez ograniczeń, która posiada min. 5-do letnie doświadczenie zawodowe związane z uzyskanymi uprawnieniami;

- 25 punktów (przemnożonych przez znaczenie kryterium 40% = 10 pkt) jeśli dysponuje osobą posiadającą uprawnienia budowlane do wykonywania samodzielnych funkcji w budownictwie w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, bez ograniczeń, która posiada min. 5-cio letnie doświadczenie zawodowe związane z uzyskanymi uprawnieniami.

W formularzu oferty stanowiącym Załącznik nr 1 do SIWZ zamawiający wyraźnie wskazał w uwagach umieszczonych w tabelach do każdej części, iż: „Uwaga: poniższe oświadczenie służy

ocenie ofert w zakresie doświadczenia osób wyznaczonych do realizacji zamówienia nie podlega uzupełnieniu, a brak jego wypełnienia skutkować będzie nie otrzymaniem punktów w tym kryterium.

Oświadczam, że dysponuję osobami, którzy będą realizować zamówienie posiadającymi kwalifikacje i doświadczenie wymagane w pkt 14.2 siwz a ponadto posiadającymi doświadczenie w realizacji inwestycji polegającej na budowie basenu/aąuaparku

Kierownik budowy

Kierownik robót sanitarnych

Kierownik robót elektrycznych

*Wskazać należy gdzie ta osoba nabyła doświadczenie bez podawania danych osobowych”.

Istota sporu sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy wskazane wymagania zamawiającego oraz kryteria oceny ofert statuują obowiązek wskazania w ofercie - w części tabelarycznej, gdzie i w jakim okresie dany kierownik (wskazany do dodatkowej punktacji) zdobył doświadczenie wynikające z pkt 14.2 SIWZ tj. 5 - letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w zakresie posiadanych uprawnień budowlanych (wymagane dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, oraz informacje dotyczące inwestycji polegającej na budowie basenu/auaparku (wymagane dla przyznania punktów w kryterium oceny ofert).

Izba podzieliła pogląd zamawiającego i uznała, że brzmienie SIWZ nie nakazuje wykonawcom podawania żądanych przez odwołującego szczegółowych danych. Zgodnie z literalnym brzmieniem SIWZ wykonawcy powinni wskazać wyłącznie inwestycję, na której dana osoba zdobyła szczególne punktowane przez zamawiającego doświadczenie. Fakt, że odwołujący, UNIBEP S.A. i Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA - KRAKÓW S.A. podały informacje
gdzie i w jakim okresie osoba przewidziane na stanowisko kierownicze zdobyła doświadczenie może wskazywać wyłącznie na brak jednoznaczności postanowień SIWZ, skoro NDI S.A., Konsorcjum BPBP oraz Alstal zrozumiały je inaczej.

Teza sformułowana w orzecznictwie, że niejednoznaczność postanowień SIWZ nie powinna obciążać wykonawców znajduje zastosowanie również w tzw. procedurze odwróconej. W procedurze tej opisanej w art. 24aa ust. 1 Pzp zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający korzystając z tej procedury prawidłowo zastosował rozdzielnie zasady oceny ofert oraz zasady oceny doświadczenia personelu wykonawcy. Druga z tych czynności może zostać wykonana wobec wykonawcy, który złożył ofertę najwyżej ocenioną, od którego zamawiający żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 lub 2 Pzp. Zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert a następnie sporządza ich klasyfikację na podstawie oferty oraz wymaganych na tym etapie dokumentów i oświadczeń. Można twierdzić, że przez redakcję postanowień SIWZ zamawiający stworzył sytuację, w której po złożeniu dokumentów i oświadczeń przez wykonawcę wybranego

niejako wtórnie weryfikuje zasadność przyznania punktów w kryterium pozacenowym. Taki stan rzeczy na obecnym etapie postępowania nie może być już kwestionowany i nakłada na wykonawców obowiązek podwyższonej staranności przy wyborze osób, od kwalifikacji i doświadczenia których zależy zarówno ocena podmiotowa w zakresie dysponowania osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia, jak i przyznanie punktów w kryterium pozacenowym.

Izba uznała, że zamawiający zgodnie z opisem zawartym w SIWZ przyznał punkty NDI S.A., Konsorcjum BPBP oraz Alstal i nie dopuścił się naruszeń przepisów ustawy powołanych przez odwołującego. Informacje ujawnione przez tych wykonawców odpowiadają co do stopnia szczegółowości wymaganiom zamawiającego.

Wykazując doświadczenie kierownika budowy i kierownika robót sanitarnych NDI S.A. wskazało odpowiednio budowę obiektu (z basenami) dla pola golfowego i budowę ośrodka wczasowego (z basenami) Muza w Juracie. Izba uznała to doświadczenie za wystarczające, gdyż zamawiający nie określił w SIWZ, aby basen lub aquapark miał stanowić samodzielne przedsięwzięcie inwestycyjne albo jego zasadnicza część. Ponieważ nie jest sporne, że w ramach wskazanych umów został wybudowany basen Izba uznała wskazane doświadczenie kierownika budowy i kierownika robót sanitarnych za wystarczające.

Na marginesie należy wzmiankować błędną kwalifikację prawną zarzutu odwołania. Brak wykazania niezbędnego doświadczenia osób przewidzianych do wykonania zamówienia powoduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a nie – jak wskazał odwołujący – odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W punkcie 13 formularza oferty NDI S.A. wskazało, iż roboty/usługi dotyczące technologii basenu wykona za pomocą spółki Hartuna sp. z o.o. W JEDZ NDI S.A. wskazał, iż zamierza wykonać część zamówienia przy pomocy podwykonawcy tj. Hartuna sp. z o.o. NDI S.A. złożył wymagane dokumenty, oświadczenia i referencje spółki Hartuna. W piśmie z 20 kwietnia 2017 r. NDI S.A. oświadczyło, iż nie jest w stanie wykazać kubatury i kosztów budowy hali basenowej zrealizowanej przez spółkę Hartuna dla Gimnazjum Gminnego w Kosakowie i jako podmiot udostępniający niezbędne zasoby wskazał spółkę Construcciones y promociones Balzola S.A. (dalej Balzola), na podstawie oświadczenia o udostępnieniu zasobów z 20 stycznia 2017 r. NDI przedłożyła JEDZ spółki Balzola, który to dokument spółka ta przedłożyła w ramach swojej indywidualnej oferty składanej w badanym postępowaniu przetargowym. Balzola jako partner w ramach konsorcjum ze spółką liderem tj. Balzola Polska sp. z o.o. złożyła własną ofertę na wszystkie trzy części zamówienia jako wykonawca nr 11. Te same dokumenty, które Balzola przedłożyła do własnej oferty zostały przedłożone przez NDI w swojej ofercie.

Zarzut okazał się niezasadny. Przede wszystkim w toku postępowania o udzielenie zamówienia

stosownie do art. 22a ust. 6 Pzp wykonawca może wskazać zamawiającemu inny podmiot, na którego zasoby zamierza się powołać przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i z tej możliwość NDI S.A. skorzystał. Przepisy ustawy nie stoją też na przeszkodzie temu, by wykonawca jednocześnie ubiegał się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum oraz był podmiotem udostepniającym swe zasoby innemu wykonawcy. Sytuacja taka może być oceniana *ad casum* w kontekście zachowania zasad uczciwej konkurencji, jednak w okolicznościach sporu Izba nie ma podstaw, by kwestię tą badać (art. 192 ust. 7 Pzp).

Trudno też mówić o wprowadzeniu w błąd zamawiającego przez treści zamieszczone w JEDZ. Zamawiający jest w stanie dokonać ich weryfikacji na podstawie posiadanej przez siebie wiedzy, a skoro zgodnie z art. 25a ust. 7 Pzp wykonawca może w JEDZ wykorzystać aktualne informacje zawarte w JEDZ złożonym w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia, to tym bardziej może takie informacje wykorzystać w tym postepowaniu, w którym JEDZ już złożył.

Zarzut dotyczący niewykazania przez NDI S.A. doświadczenia w związku z robotą budowlaną wykonaną przez Construcciones y promociones Balzola S.A. został oceniony przy rozpoznawaniu odwołania w sprawie KIO 905/17 i ocena tam zawarta zachowuje aktualność.

Podzielono pogląd odwołującego, że Konsorcjum BPBP w wykazie osób biorących udział w realizacji zamówienia nie wykazało 5-letniego doświadczenia poszczególnych kierowników przy realizacji budowy basenu/aquaparku.

Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do tych zarzutów odwołania, a Konsorcjum BPBP nie zgłosiło przystąpienia do postępowania odwoławczego. Wobec braku jakiejkolwiek argumentacji na twierdzenie przeciwne Izba uznała, że:

- kierownik robót sanitarnych Pan K.N. posiada łączne doświadczenie, które wynosi 4 lata i 9 miesięcy;
- kierownik robót elektrycznych Pan T.H. posiada łączne doświadczenie wynikające z wykazu, które wynosi zaledwie 3 lata i 4 miesiące;

- kierownik robót drogowych Pan C.K. posiada roczne doświadczenie.
- Pan M.D. - kierownik robót telekomunikacyjnych posiada doświadczenie 3 lat i 1 miesiąca.

Obowiązkiem zamawiającego, którego zaniechał, było co najmniej szczegółowe wyjaśnienie okresu posiadanego doświadczenia wskazanych osób, a jeśli okazałoby się, że wymagany okres 5 lat nie został osiągnięty Konsorcjum BPBP nie powinno otrzymać punktów w kryterium pozacenowym. Kolejno należałoby rozważyć możliwość dokonania wezwania do uzupełnienia dokumentów, co uzależnione byłoby jednak od braku stwierdzenia, że błędne przedstawienie informacji w ofercie nie jest kwalifikowane zamiarem wprowadzenia w błąd zamawiającego.

Izba nie nakazała zamawiającemu dokonania tych czynności, gdyż nie mają one wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Oferta Konsorcjum nie została uznana za

najkorzystniejszą w żadnej z części postępowania. Zarzuty wobec NDI S.A. nie znalazły potwierdzenia.

Wpływ na wynik postępowania mogą mieć natomiast zarzuty podniesione w części III postępowania wobec Alstal w związku z doświadczeniem Pan T.G. - kierownika robót sanitarnych. W wykazie wskazano bowiem, iż Pan T.G. zdobył swoje doświadczenie przy realizacji Mera Hotel&Spa w Sopocie, którego budowa trwała niecałe 2 lata (22 wrzesień 2010 r. - maj 2012 r.). Istotnym jest, iż Pan T.G. (wskazany do dodatkowej punktacji) uzyskał uprawnienia budowlane decyzją Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego z 18 sierpnia 2011 r., zaś członkiem Izby Inżynierów jest od października 2011 r. Ponieważ oferta Alstal została uznana za najkorzystniejszą w III części postępowania Izba nakazała wezwanie wykonawcy Alstal do udzielenia wyjaśnień dotyczących okresu doświadczenia Pana T.G..

Alstal złożyło oświadczenie datowane na 20 stycznia 2017r. spółki Przedsiębiorstwo Budowlano - Montażowe „ELZABUD" sp. z o.o. dotyczące zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów powołujące się na 26 ust. 2b ustawy. Spółka Elzabud zobowiązała się oddać do dyspozycji wiedzę i doświadczenie. Jako sposób udostępnienia wskazano podwykonawstwo w zakresie wykonania technologii basenowej, niecek ze stali nierdzewnej, wentylacji i klimatyzacji. Alstal przedłożyło także poświadczenie z 26 lutego 2016 r. wstawione m.in. na spółkę Elzabud jako lidera konsorcjum, odwołujące się do inwestycji pt. Budowa Centrum Rekreacji Wodnej w Elblągu etap I. Z dokumentacji nie wynika jaka cześć ww. inwestycji została zrealizowana przez spółkę Elzabud. faktycznej możliwości zrealizowania przez Alstal Zamówienia na warunkach określonych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego i uznała, że błędne wskazanie podstawy prawnej udostępnienia zasobów nie dyskwalifikuje treści zobowiązania, która jest wystarczająca, gdyż wskazuje jaki zakres zamówienia i w jakim charakterze wykona Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe ELZABUD Sp. z o.o. Natomiast złożone dokumenty nie wskazują – w ocenie Izby – że podmiot ten może udostępnić zasoby w pełnym zakresie prac realizowanych w inwestycji pt. Budowa Centrum Rekreacji Wodnej w Elblągu Etap I.

Udostępniane doświadczenie powinno mieć charakter realny, a nie formalny. Od niego zależy bowiem możliwość prawidłowego wykonania zamówienia przez podmiot, który w tym celu wykorzysta te zasoby. Wykonawca udostepniający swoje zdolności oraz doświadczenie może zatem uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył. Jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot. Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (wyrok TSUE z 4 maja

2017 r. C-131/14 Esaprojekt). Tym bardziej zatem udostępnieniu może podlegać jedynie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.

Odwołanie wniesione przez Alstal Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Jacewie (KIO 933/17):

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego powołanych w odwołaniu przepisów ustawy. Zarzucane

zaniechania wezwania wykonawcy NDI, Konsorcjum BPBP oraz wykonawcy ERBUD do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert tych wykonawców w części I i II postępowania ze względu na zaoferowanie rażąco niskiej ceny uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia. Oferta odwołującego sklasyfikowana została na czwartym i trzecim miejscu. W odniesieniu do III części w razie zakwestionowania przez NDI odrzucenia swojej oferty jako sprzecznej z treścią SIWZ, zamawiający winien również wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji dokonać odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny.

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że cofa podniesione z ostrożności procesowej zarzuty wobec oferty NDI w części III.

Odwołujący następująco uzasadniał zarzuty odwołania wskazując na konieczność zastosowania przez zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp.

Dla części I postępowania:

W związku z ceną oferty NDI S.A. łączna wartość zaniżonych wskazanych pozycji kosztorysowych wynosi 670 882,05 zł, co biorąc pod uwagę zaniżenie poszczególnych wartości na poziomie od kilkudziesięciu procent ma istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania w części I. Zdaniem odwołującego dokonanie realnej wyceny wymienionych powyżej pozycji, biorąc pod uwagę ich sumaryczną wartość, winno wynosić około 1 500 000,00 zł, a więc w wymienione pozycje zostały zaniżone o wartość około 830 000,00 zł.

Łączna wartość wskazanych przez odwołującego zaniżonych pozycji kosztorysu Konsorcjum BPBP wynosi 557 434,88 zł. Realna wycena wymienionych pozycji biorąc pod uwagę ich sumaryczną wartość winna wynosić około 1 300 000,00 zł, a więc wymienione powyżej pozycje zostały zaniżone o wartość około 750000,00 zł

Łączna wartość wskazanych przez odwołującego zaniżonych pozycji kosztorysu Erbud wynosi 1 202 585,99 zł. Dokonanie realnej wyceny wymienionych powyższej pozycji biorąc pod uwagę ich sumaryczną wartość winno wynosić około 2400000,00 zł, a więc wymienione pozycje

zostały zaniżone o wartość około 1 200 000,00 zł.

Dla części II postępowania:

Łączna wartość wskazanych pozycji kosztorysu zaniżonych przez NDI S.A. wynosi 1 034 368,30 zł, ich realna wycena wynosi około 1 800 000,00 zł, a więc wymienione pozycje zostały zaniżone o wartość około 800 000,00 zł.

Łączna wartość wskazanych pozycji kosztorysu zaniżonych przez Konsorcjum BPBP wynosi 560 946,80 zł. Realna wycena wymienionych wynosi około 1 500 000,00 zł, a wymienione pozycje zostały zaniżone o wartość około 940 000,00 zł.

Art. 90 ust. 1 Pzp, którego zastosowania domaga się odwołujący, stanowi, że jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Izba w składzie rozpoznającym odwołanie wyraża pogląd, że uprawnieniem zamawiającego jest badanie ceny oferty w każdym przypadku, gdy cena ta lub koszt budzą wątpliwości zamawiającego. Badanie to jest możliwe również w odniesieniu do części oferty lub nawet poszczególnych pozycji kosztorysowych. Istotne jest jednak, aby to badanie dotyczyło części

istotnych, bo tak nakazuje ustawa. Powołany art. 90 ust. 1 Pzp nie stanowi o nieograniczonym uprawnieniu zamawiającego, lecz adresuje je do istotnych części składowych oferty. Zdaniem Izby istotność ta może być badana w dwóch aspektach: przedmiotowym – jeśli dostawa, usługa lub robota budowlana ma rzeczową doniosłość przy wykonaniu umowy lub kosztowym – jeśli zaniżenie ceny oferty jest tego rodzaju, że wywiera istotny wpływ na cenę całej oferty. Powyższe powinno być dowiedzione przez wykonawcę, który domaga się badania ceny oferty.

Izba zważyła, że odwołujący nie dowiódł istotności we wskazanym wyżej rozumieniu. Wobec wszystkich kwestionowanych ofert przedstawił wybór jego zdaniem zaniżonych pozycji kosztorysu i dokonał indywidualnego oszacowania kwoty zaniżenia. Ten szacunek nie mógł być wzięty pod rozwagę, gdyż nie zostały wskazane nie tylko dowody uzasadniającego przyjętą wartość, ani nawet metodologia przyjęta przez odwołującego. Proste wejrzenie porównawcze we wszystkie kalkulacje kosztorysowe jasno wskazuje, że ceny wymienionych pozycji w ofertach wykonawców różnią się, zaś kosztorysy odwołującego w niektórych pozycjach również są wyraźnie niższe niż w kosztorysach kwestionowanych odwołaniem. Prowadzi to do przekonania, że nie miało tu miejsca istotne zaniżenie wartości pozycji kosztorysowych.
Z braku dowodów na twierdzenie przeciwne Izba uznała również, że wskazane przez odwołującego pozycje kosztorysowe nie dotyczą istotnych części zamówienia.

W związku z tym brak jest podstaw do nakazania zamawiającemu przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż zamawiający nie naruszył tego przepisu oraz innych wskazanych w odwołaniu.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji, nakazując zamawiającemu ponowienie czynności w części III postępowania. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....