

Sygn. akt: KIO 1442/16

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 sierpnia 2016 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **3 sierpnia 2016 r.** przez wykonawcę **BUD-EKO R.S. S. sp.j., ul. Konopnickiej 16, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11, 87-100 Toruń**

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A, al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza (Lider); 2) WODOPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec (Partner); 3) RCI Sp. z o.o., ul. Kartuska 46, 60-471 Poznań (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 25.07.2016 r. oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp (wobec uznania w sensie szerokim wykazu usług jako elementu oferty), uznania za odrzuconą na podstawie**

art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – z uwagi na konieczność wykluczenie wskazanego na wstępie Przystępującego z racji nie potwierdzenia spełnienia wymogu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt. 5.1.2 lit. b SIWZ odnośnie wykazu usług – usługa dla Dąbrowy Górniczej, oferty Przystępującego: Konsorcjum Firm: 1) Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A, al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza (Lider); 2) WODOPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec (Partner); 3) RCI Sp. z o.o., ul. Kartuska 46, 60-471 Poznań (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania opartych na tej podstawie prawnej oraz zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, w pozostałym zakresie oddala zarzuty.

2. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11, 87-100 Toruń** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **BUD-EKO R.S. S. sp.j., ul. Konopnickiej 16, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11, 87-100 Toruń** na rzecz **BUD-EKO R.S. S. sp.j., ul. Konopnickiej 16, 87-100 Toruń** kwotę **24 675 zł 32 gr** (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sześćset siedemdziesiąt pięć złotych trzydzieści dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu złożenia odwołania w KIO oraz dojazdu na rozprawę wliczonych w poczet kosztów postępowania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę: „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Modernizacja obiektów przy ul. Lwowskiej 1 w Toruniu” (Znak Sprawy: ZP-031/2016)”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2016/S 098 - 175394 z 24.05.2016 r., przez Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, ul. Gagarina 11, 87-100 Toruń zwany dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 25.07.2016 r. (e-mailem i faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej - Konsorcjum Firm: 1) Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A, al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza (Lider); 2) WODOPOL Sp. z o.o., ul. Ks. Pr. St. Słonki 24, 34-300 Żywiec (Partner); 3) RCI Sp. z o.o., ul. Kartuska 46, 60-471 Poznań (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: al. Zagłębia Dąbrowskiego 15, 41-303 Dąbrowa Górnicza zwane dalej: „Konsorcjum P.M. MZUM” albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta: BUD-EKO R.S. S.cy sp.j., ul. Dekerta 20, 87-100 Toruń zwana dalej: „BUD-EKO R.S. S.cy sp.j.” albo „Odwołującym”.

W dniu 03.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BUD-EKO R.S. S. sp.j. wniosło odwołanie na w/w czynność i zaniechania z 25.07.2016 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 03.08.2016 r. (e-mailem).

Od czynności:

1. nieprawidłowym przeprowadzeniu badania i oceny ofert, w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. zaniechaniu uznania za odrzuconą oferty Konsorcjum P. M. MZUM SA podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania przez tego Wykonawcę posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz składania nieprawdziwych oświadczeń,
3. nieprawidłowym wyborze oferty Konsorcjum P.M. MZUM SA, jako oferty najkorzystniejszej,
4. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Niniejszym zarzucił Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności, naruszył:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” w brzmieniu adekwatnym dla przedmiotu sprawy, poprzez ich niezastosowanie, podczas, gdy znajdowały zastosowanie, i nie odrzucenie oferty Wykonawcy - Konsorcjum

P.M. MZUM SA z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamówienia, pomimo, że oferta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwana dalej: „SIWZ” obowiązującej w postępowaniu;

2. **art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 Pzp** w brzmieniu adekwatnym dla przedmiotu sprawy poprzez ich niezastosowanie, podczas, gdy znajdowały zastosowanie, i zaniechanie uznania za odrzuconą oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania, z powodu nie potwierdzenia przez tego Wykonawcę (tj. Konsorcjum P.M. MZUM SA) posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz podania przez niego nieprawdziwych informacji, które mogły mieć wpływ na wynik postępowania;

3. **art. 26 ust. 3 Pzp** w brzmieniu adekwatnym dla przedmiotu sprawy poprzez jego wadliwe zastosowanie z naruszeniem zasady jednokrotnego wezwania, i dwukrotne wezwanie Konsorcjum P.M. MZUM SA do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz uzupełnienie przez Zamawiającego oferty Wykonawcy -Konsorcjum w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w drodze wyjaśnień podmiotów trzecich uzyskanych przez Zamawiającego;

4. **art. 7 ust. 1 Pzp** w brzmieniu adekwatnym dla przedmiotu sprawy, poprzez prowadzenie postępowania w sposób uchybiający zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert zamówienia z uwzględnieniem odrzucenia oferty Konsorcjum P.M. MZUM SA, a w konsekwencji
4. wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na względzie treść oferty Konsorcjum P.M. MZUM SA, jak i postanowienia SIWZ uznać należy, iż czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum, zostało dokonane z naruszeniem przepisów Pzp.

W SIWZ (po zmianie dokonanej w dniu 03.06.2016 r.: dowód SIWZ ze zmianami w aktach postępowania) postawił m.in. następujące warunki udziału w Postępowaniu oraz wymóg przedstawienia dokumentów na ich potwierdzenie:

Punkt 5.1.2. SIWZ Posiadania wiedzy i doświadczenia:

Warunek Zamawiający uzna za spełniony jeżeli:

*„Wykonawca wykonał - w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - minimum dwie roboty budowlane polegające na wykonaniu robót budowlanych związanych z realizacją obiektów budowlanych kubaturowych w zakresie budowy lub rozbudowy albo remontu, obejmujących wykonanie **łącznie: robót ogólnobudowlanych, instalacji wod.-kan., cieplnych, gazowych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, a także robót wykończeniowych** -*

o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN (słownie złotych: siedem milionów, 00/100) brutto każda oraz

wykonał - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - przynajmniej dwie usługi polegające na opracowaniu i odebraniu przez Zamawiającego dokumentacji projektowo-kosztorysowej (projekty budowlane i wykonawcze) w zakresie budowy lub rozbudowy albo remontu obiektów budowlanych kubaturowych **wraz z instalacjami wod.-kan., instalacjami i urządzeniami cieplnymi, instalacjami gazowymi, klimatyzacją i wentylacją mechaniczną oraz robotami wykończeniowymi** - o wartości robót budowlanych (kosztorysu inwestorskiego) co najmniej 4 500 000,00 PLN (słownie złotych: cztery miliony pięćset tysięcy, 00/100) brutto każda."

Punkt 6.1.2. SIWZ

„Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone

albo

wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone oraz

wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi te zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należyście - odpowiednio do tego, którego z warunków, Wykonawca zamierza wykazać spełnianie - warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.2 a) albo warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.2 b) SIWZ. Na podstawie § 1 ust. 4 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, Zamawiający żąda wskazania w wykazie, o którym mowa powyżej przynajmniej:

a) jeżeli Wykonawca zamierza wykazać spełnianie warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.2. a) SIWZ: - dwóch robót budowlanych polegających na zaprojektowaniu i wykonaniu robót budowlanych związanych z realizacją obiektów budowlanych kubaturowych w zakresie budowy lub rozbudowy albo remontu, obejmujących wykonanie łącznie: robót ogólnobudowlanych, instalacji wod.-kan., ciepłych, gazowych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, a także robót wykończeniowych o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN (słownie złotych: siedem milionów, 00/100) brutto każda, wraz ze złożeniem dowodów, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, albo

b) jeżeli wykonawca zamierza wykazać spełnianie warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.2. b) SIWZ: - dwóch robót budowlanych polegających na wykonaniu robót budowlanych związanych z realizacją obiektów budowlanych kubaturowych w zakresie budowy lub rozbudowy albo remontu, obejmujących wykonanie łącznie: robót ogólnobudowlanych, instalacji wod.-kan., ciepłych, gazowych, wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, a także robót wykończeniowych o wartości co najmniej 7 000 000,00 PLN (słownie złotych: siedem milionów, 00/100) brutto każda, oraz

- dwóch usług polegających na opracowaniu i odebraniu przez Zamawiającego dokumentacji projektowo- kosztorysowej (projekty budowlane, wykonawcze) w zakresie budowy lub rozbudowy albo remontu obiektów budowlanych kubaturowych wraz z instalacjami wod.-kan., instalacjami i urządzeniami ciepłymi, instalacjami gazowymi, klimatyzacją i wentylacją mechaniczną oraz robotami wykończeniowymi o wartości robót budowlanych (kosztorysu inwestorskiego) co najmniej 4 500 000,00 PLN (słownie złotych: cztery miliony pięćset tysięcy, 00/100) brutto każda.

Wykaz należy sporządzić zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4a lub 4b do SIWZ."

Warunków tych nie spełniała od początku oferta złożona przez Konsorcjum P.M. MZUM SA, która była jedną z pięciu złożonych ofert. Na potwierdzenie warunku wymaganego pkt 5.1.2. i 6.1.2. w zakresie robót budowlanych Konsorcjum przedstawiło pierwotnie w ofercie wykaz robót budowlanych zawierający dwie roboty o wartości wykonanych robót ponad 7 mln PLN każda: "Budowa hali sportowej z łącznikiem komunikacyjnym wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ulicy Sapety w Imielinie" i „Budowa hali sportowej z zapleczem COS-OPO w Szczyrku".

Jako dowody należytego wykonania tych robót Konsorcjum przedstawiło poświadczenia:

- Urzędu Miasta w Imielinie, z którego wynikało, że zakres robót "Budowy hali sportowej z łącznikiem komunikacyjnym wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ulicy Sapety w Imielinie" obejmował: **roboty ziemne, roboty budowlano-konstrukcyjne, instalacje: wod-kan, elektryczne, słaboprądowe, c.o., ppoż, odgromowa, wentylacja, klimatyzacja,**

prace wykończeniowe, a prace były wykonywane w okresie od 26.03.2012 r. do 31.07.2014 r. (dowód: poświadczenie Urzędu Miasta w Imielinie)

- Centralnego Ośrodka Sportu - Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku, z którego wynikało, że zakres robót „*Budowy hali sportowej z zapleczem COS-OPO w Szczyrku*” obejmował roboty ogólnobudowlane, **roboty branżowe, w tym instalacji sanitarnych, elektrycznych, ppoż., wentylacji i klimatyzacji** oraz roboty drogowe wraz z zagospodarowaniem terenu”, a prace wykonywane były w okresie od 30.12.2013 r. do 01.07.2015 r.

W zakresie doświadczenia w projektowaniu, Konsorcjum posługiwało się dla wykazania warunków udziału w Postępowaniu zasobami osoby trzeciej EMGIEprojekt Sp. z o.o. w Kielcach. Na potwierdzenie warunku wymaganego pkt 5.1.2. i 6.1.2. w zakresie usług projektowych Konsorcjum przedstawiło wykaz usług zawierający trzy usługi o wartości robót budowlanych ponad 4,5 mln PLN każda: „*Rozbudowa z przebudową pawilonów szpitalnych A i B dla leczenia onkologicznego w Szpitalu specjalistycznym w Brzozowie*”, „*Dokumentację projektową na adaptację i modernizację budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej oraz na budowę hali magazynowo - garażowej wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego pozwolenia na budowę*” oraz „*Opracowanie dokumentacji (program funkcjonalno-użytkowy, projekt architektoniczno-budowlany oraz projekt wykonawczy i studium wykonalności) na zagospodarowanie ruin zboru kalwińskiego „Kościelec” oraz przyległego terenu*”. Jako dowody należytego wykonania tych usług Konsorcjum przedstawiło dowody **jedynie dla dwóch usług**:

- poświadczenie wystawione przez Lidera Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA, z którego wynikało, że zakres usług wykonanych usług projektowych przez EMGIE projekt Sp. z o.o. przy „*Dokumentacji projektowej na adaptację i modernizację budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej oraz na budowę hali magazynowo - garażowej wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego pozwolenia na budowę*” obejmował: projekt budowlany przebudowy i nadbudowy ze zmianą sposobu użytkowania budynku dawnej szkoły na budynek biurowo-socjalny oraz budowy budynku garażowo-magazynowego, w tym: projekt zagospodarowania terenu i projekt architektoniczno-budowlany - Część A: architektura i konstrukcja, Część B: **Instalacje sanitarne**, Część C: **Instalacje elektryczne i teletechniczne**, oraz projekt wykonawczy tych budynków, w tym: projekt zagospodarowania terenu i projekt architektoniczno-budowlany - Część A: architektura Część B: Konstrukcja, Część C: Instalacje sanitarne, Część D: Instalacje elektryczne i teletechniczne, sieci uzbrojenia terenu: Część A: Przyłącze wod-kan., Część B: Przyłącze kanalizacji deszczowej, Część C: Przyłącze elektroenergetyczne.

- protokół odbioru „*Opracowania dokumentacji (program funkcjonalno-użytkowy, projekt architektoniczno-budowlany oraz projekt wykonawczy i studium wykonalności)* na

zagospodarowanie ruin zboru kalwińskiego „Kościelec” - jednak zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez EMGIEprojekt Sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum nie obejmowało tego zadania (dowód:; zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez EMGIEprojekt Sp. z o.o. na rzecz Konsorcjum z 23.06.2016 r. w aktach postępowania).

W toku postępowania Zamawiający wzywał wykonawców do uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełnienia wyżej wskazanych warunków. I tak w odniesieniu do Konsorcjum Zamawiający skierował cztery wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i jedno wezwanie do udzielenia wyjaśnień:

1) wezwaniem z 06.07.2016 r. - wobec tego, iż w toku badania oferty Wykonawcy komisja przetargowa stwierdziła, że Wykonawca nie załączył do oferty **dowodu należytego wykonania usługi, polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej dot. „Rozbudowy z przebudową pawilonów szpitalnych A i B dla leczenia onkologicznego w Szpitalu specjalistycznym w Brzozowie”**, a ponadto, z informacji pozyskanych od inwestorów wynika, iż projekty dot. adaptacji i modernizacji budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej oraz zagospodarowania ruin zboru kalwińskiego „Kościelec”, **nie obejmowały swymi zakresami instalacji gazowej** -Zamawiający wezwał **Wykonawcę** na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp **do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie wykazu usług (oryginał) oraz dowodów, czy usługi te zostały wykonane należycie (oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę)**. Uzupełnienie miało nastąpić do dnia 11.07.2016 r. do godz. 11:00 pod rygorem wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp (dowód: wezwanie do Konsorcjum z 06.07.2016 r. w aktach postępowania).

W odpowiedzi na wezwanie z 06.07.2016 r. Konsorcjum pismem z 08.07.2016r.:

a) przedstawiło dowód wykonania usługi, polegającej na wykonaniu dokumentacji projektowo- kosztorysowej dot. **„Rozbudowy z przebudową pawilonów szpitalnych A i B dla leczenia onkologicznego w Szpitalu specjalistycznym w Brzozowie”** w postaci poświadczenia wydanego przez Szpital Specjalistyczny w Brzozowie Podkarpackiego Ośrodka Onkologicznego z siedzibą w Brzozowie, stwierdzając, że ww. **inwestycja zakłada wykonanie instalacji gazów medycznych** - na potwierdzenie spełniania warunku SIWZ pkt, 5.1.2.b Konsorcjum przedłożyło zestawienie kosztów inwestycji uwzględniające wykonanie instalacji sanitarnych-gazów medycznych. Z poświadczenia Szpitala Specjalistycznego w Brzozowie wynika, że Projekt architektoniczno-budowlany obejmował: **Część A: Architektura i konstrukcja, Część B: Instalacje sanitarne, Część C: Instalacje elektryczne silnoprądowe, Część D: Instalacje elektryczne słaboprądowe, Część E:**

System sygnalizacji pożarowej dla pawilon „A” i projekt wykonawczy w tych samych zakresach.

b) poinformowało, że referencja dot. adaptacji i modernizacji budynku przy ul. **Piłsudskiego 74** w Dąbrowie Górniczej spełnia warunki zapisów SIWZ pkt. 5.1.2,b, gdyż zakres prac związanych z wykonaniem przedmiotowej inwestycji zakłada wykonanie wewnętrznej linii zasilającej: gaz. Zgodnie z przedłożonym załącznikiem nr 5 do: Umowy o świadczenie usług architekta z **25.11.2014 r.** między Przedsiębiorstwem Miejskim MZUM.PL S.A., a EMGIEprojekt Sp. z o.o. Etap 2 Prac Projektowych zawiera projekt instalacji gazu. Konsorcjum przedstawiło przy tym Umowę o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r. a **załącznik nr 5** do tej umowy szczegółowy zakres świadczeń, według którego **w ramach projektu architektoniczno-budowlanego nie przewidziano instalacji gazowej, instalację taką przewidziano natomiast w projekcie wykonawczym.**

c) oświadczyło, iż referencja dot. zagospodarowania ruin zboru kalwińskiego „Kościelec” została omyłkowo dołączona do oferty.

d) Przedstawiło **nowy Wykaz** robót budowlanych oraz wykaz **usług**, w którym pominięto „Opracowanie dokumentacji (program funkcjonalno-użytkowy, projekt architektoniczno-budowlany oraz projekt wykonawczy i studium wykonalności) na zagospodarowanie ruin zboru kalwińskiego „Kościelec”, a **pozostałe elementy wykazu pozostały bez zmian.**

(dowód: pismo Lidera Konsorcjum z 08.07.2016 r. z załącznikami w aktach postępowania).

2) wezwaniem z 12.07.2016 r. wobec tego, iż komisja przetargowa stwierdziła, że dostępna na stronie internetowej inwestora/zamawiającego:

<http://bip.imielin.pl/pl/57224/3.58136/budowa-h.ali-sportowej-z-lacznikiem-komunikacyjnym-wraz-z-infrastruktura-towarzyszaca-przy-ulicy-sapety-w-imielinie.html>

dokumentacja techniczna dotycząca zamówienia publicznego pn. *„Budowa hali sportowej z łącznikiem komunikacyjnym wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ulicy Sapety w Imielinie”* nie zawiera robót instalacyjnych w zakresie klimatyzacji, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę **do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie wykazu robót budowlanych (oryginał) z załączeniem dowodów, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone** (oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę). Uzupełnienie miało nastąpić do dnia 18.07.2016 r. do godz. 10:00 pod rygorem wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp (dowód: wezwanie do Konsorcjum z 12.07.2016 r. w aktach postępowania).

W odpowiedzi na wezwanie z 12.07.2016 r. Konsorcjum pismem z 14.07.2016 r. przekazało:

sporządzony na nowo załącznik nr 4b do SIWZ tj. nowy Wykaz robót budowlanych oraz wykaz usług, w którym **pominięto "Budowę hali sportowej z łącznikiem komunikacyjnym wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ulicy Sapety w Imielinie"** a w jej miejsce wpisano robotę budowlaną w zadaniu inwestycyjnym pn.: **„Przebudowa pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów p.poż oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (co., wod,- kan., wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne), wraz z wyposażeniem technologicznym przebudowanych pomieszczeń”** - na potwierdzenie spełniania warunku załączono **Poświadczenie Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie**, wykonania na czynnym obiekcie służby zdrowia robót budowlanych dostosowania istniejących klatek schodowych do wymogów p.poż oraz wykonania **jedynie instalacji wewnętrznych: c.o. wod.- kan., wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne**. Pozostałe elementy wykazu robót budowlanych oraz wykaz usług pozostały bez zmian. Ponadto Konsorcjum oświadczyło, że Pozostałe dokumenty potwierdzające jednoznacznie należyte i terminowe wykonanie robót budowlanych i usług ujętych w wykazie - znajdują się już w ofercie, bo są niekwestionowane przez Zamawiającego (dowód: pismo Konsorcjum z 14.07.2016 r. z załącznikami w aktach postępowania).

3) wezwaniem z 13.07.2016 r. wobec tego, iż w toku badania oferty Wykonawcy oraz dokumentów uzupełnionych pismem z 08.07.2016r. (data wpływu 11.07.2016r.) komisja przetargowa stwierdziła, **że dokumentacja projektowa dotycząca adaptacji i modernizacji budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej składa się z projektu pierwotnego - wykonanego, zgodnie z informacją podaną w Wykazie usług i poświadczeniu, w terminie 12.02.2013 - 25.11.2013 - oraz z projektu zamiennego wykonanego na podstawie umowy zawartej w dniu 25.11.2014 r. Tymczasem daty podane w Wykazie usług dotyczą wyłącznie projektu pierwotnego. Ponadto, załączone do oferty poświadczenie należytego wykonania usługi dotyczy wyłącznie projektu pierwotnego, gdyż zostało wystawione w dniu 25.03.2014 r. czyli przed zawarciem umowy o projekt zamienny. Nie potwierdza zatem należytego wykonania projektu zamiennego do przedmiotowej inwestycji.** Mając na uwadze powyższe, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie wykazu usług (oryginał), zawierającego prawidłowe daty wykonania przedmiotowej dokumentacji projektowej, **oraz dowodu, czy usługa opracowania kompletnej dokumentacji projektowej (projekt pierwotny + projekt zamienny), dotyczącej zadania inwestycyjnego dot. adaptacji i modernizacji budynku przy**

ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej została wykonana należycie (oryginał lub kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę). Uzupelnienie miało nastąpić do dnia 18.07.2016 r. do godz. 10:00 pod rygorem wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp (dowód: wezwanie do Konsorcjum z dnia 13.07.2016 r. w aktach postępowania).

W odpowiedzi na wezwanie z 13.07.2016 r. Konsorcjum pismem z 18.07.2016 r. przekazało :

a) **nowe poświadczenie** wystawione przez Lidera Konsorcjum Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA dla firmy EMGIEprojekt sp. z o.o. w Kielcach **potwierdzające należyte wykonanie prac „Dokumentacji projektowej na adaptację i modernizację budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej oraz na budowę hali magazynowo - garażowej wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego pozwolenia na budowę”** o treści odmiennej niż poprzednio tzn. wskazano w nim wykonanie **w ramach projektu budowlanego Część D: wykonanie wewnętrznej linii zasilającej gaz** (dodatkowo poświadczenie to jest **niezgodne z Umową o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r.** między Przedsiębiorstwem Miejskim MZUM.PL S.A., a EMGIEprojekt Sp. z o.o. Etap 1 Prac Projektowych (!), która nie obejmowała projektu budowlanego dla wykonania wewnętrznej linii zasilającej gaz),

b) załącznik nr 4b do SIWZ tj. nowy Wykaz robót budowlanych oraz wykaz usług, w którym w wykazie usług zmieniono w pozycji 2 datę wykonania usługi z 12.02.2013 r. - 25.11.2015 r. na 12.02.2013 r. - 30.04.2015 r. **przy czym zakres prac projektowych i podana wartość zaprojektowanych robót budowlanych pozostały bez żadnych zmian.** Pozostałe elementy Wykazu robót budowlanych oraz wykazu usług pozostały bez zmian w stosunku do wykazu przedstawionego przy uzupełnieniu z 08.07.2016 r.

Pismo Konsorcjum z 13.07.2016 r. zostało podpisane przez pełnomocnika substytucyjnego Konsorcjum T. P., jednak pełnomocnictwo załączono w nieprawidłowej formie tj. w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika substytucyjnego (dowód: pismo Lidera Konsorcjum z 18.07.2016 r. z załącznikami w aktach postępowania).

4) wezwaniem z 18.07.2016 r. wobec tego, iż uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp kopie dokumentów zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez Pana T, P., pełnomocnika Wykonawcy na podstawie załączonej kopii pełnomocnictwa (przedstawionego przy dokumentach uzupełnianych), która nie została poświadczona przez notariusza. W myśl postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia pełnomocnictwo musi być złożone w oryginale albo kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa dla Pana T. P. w formie oryginału lub czytelnej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez notariusza. Uzupelnienie w formie pisemnej

(nie dopuszcza się drogi elektronicznej) miało nastąpić do dnia 20.07.2016 r. do godz. 10:00 pod rygorem wykluczenia Wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp (dowód: wezwanie do Konsorcjum z 18.07.2016 r. w aktach postępowania).

W odpowiedzi na wezwanie 19.07.2016 r. Konsorcjum przedstawiło oryginał pełnomocnictwa dla T. P. (dowód: pismo Lidera Konsorcjum z dnia 19.07.2016 r. z załącznikami w aktach postępowania).

5) wezwaniem z 20.07.2016 r. Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp prosił o wyjaśnienie, czy Pan T. P., pełnomocnik Wykonawcy na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. w dniu 18.07.2016 r. jest pracownikiem Przedsiębiorstwa Miejskiego MZUM.PL S.A. (dowód: wezwanie do Konsorcjum z dnia 20.07.2016 r. w aktach Postępowania). Należy zaznaczyć, że Pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum przewidywało możliwość udzielania dalszych pełnomocnictw jedynie pracownikom Lidera Konsorcjum i pełnomocnikom procesowym (dowód: Pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum z 22.06.2016 r. w aktach postępowania).

W odpowiedzi na wezwanie 20.07.2016 r. Konsorcjum wyjaśniło, że T. P., jest zatrudniony u Lidera Konsorcjum (dowód: pismo Lidera Konsorcjum z 21.07.2016 r. z załącznikami w aktach postępowania).

Poza tym Zamawiający samodzielnie uzyskiwał potwierdzenia spełnienia przez Konsorcjum warunków udziału w Postępowaniu. W dniu 01.07.2016 r. Zamawiający wysłał:

- do Urzędu Miasta Imielin zapytanie, czy **oprócz robót budowlanych wymienionych w wystawionym przez Urząd poświadczeniu firma WODPOL Sp. z o.o. wykonała również instalację gazową w ramach zamówienia "Budowa hali sportowej z łącznikiem komunikacyjnym wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ulicy Sapety w Imielinie"** (dowód: pismo Zamawiającego do Urzędu Miasta Imielin z 01.07.2016 r. w aktach postępowania),
- do Centralnego Ośrodka Sportu - Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Szczyrku zapytanie, czy **oprócz robót budowlanych wymienionych w wystawionym przez Ośrodek poświadczeniu firma WODPOL Sp. z o.o. wykonała również instalację gazową w ramach zamówienia " Budowy hali sportowej z zapleczem COS-OPO w Szczyrku"** (dowód: pismo Zamawiającego do COS-OPO w Szczyrku z 01.07.2016 r. w aktach postępowania).

Dodatkowo Zamawiający wysłał do Centrum Onkologii Instytut im. M.Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie wnioski o udzielenie wyjaśnień i **wyszczególnienie w osobnych pozycjach wartości robót budowlanych** i wartości dostaw wyposażenia (dowód: wniosek o udzielenie wyjaśnień do Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie z 20.07.2016 r. w aktach postępowania).

Naruszenie zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia

Jak z powyższego wynika, Zamawiający co najmniej dwukrotnie wezwał Konsorcjum do potwierdzenia spełniania warunków Postępowania w zakresie usługi polegających na opracowaniu i odebraniu przez Zamawiającego dokumentacji projektowo-kosztorysowej. Dwukrotnie bowiem zażądał przedstawienia dokumentacji dotyczącej wykonania dokumentacji projektowej dotyczącej adaptacji i modernizacji budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej. Skoro bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.07.2016 r. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie wykazu usług (oryginał) oraz dowodów, czy usługi te zostały wykonane należycie, Konsorcjum nie wykazało skutecznie, że dysponuje wymaganym doświadczeniem w zakresie instalacji gazowej, to nie było dalszej możliwości „uzdrowienia” oferty w tym zakresie. Nieprawidłowe więc było ponowne wezwanie skierowane do Konsorcjum w dniu 13.07.2016 r. do powtórnego uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału dot. posiadania wiedzy i doświadczenia dotyczącego dokumentacji projektowej dla budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej. Tym bardziej, że uzupełniając dokumenty w dniu 8.07.2016 r. Konsorcjum powoła się na doświadczenie wynikające z projektu zamiennego, w ramach którego, jak twierdziło Konsorcjum, wykonana została nie wykazana uprzednio instalacja gazowa. Tak więc dalsze uzupełnienie dokumentów zmierzało do wykazania tej samej okoliczności, która wskazywana była już przez Zamawiającego w wezwaniu z 06.07.2016 r. Postępowanie takie jest niedopuszczalne w świetle zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Po myśli art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast stosownie do art. 7 ust. 3 Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Tak więc, aby zamówienie mogło być udzielone (mogła być zawarta umowa), oferta musi odpowiadać wszystkim wymaganiom SIWZ, w szczególności potwierdzać, czy wykonawca spełnia w ogóle warunki do udzielenia zamówienia. Za element oferty składanej w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, należy uznać również dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dopiero z treści tych elementów można bowiem wywnioskować, czy oferta odpowiada wymaganiom udzielenia zamówienia (zawarcia umowy). Jeśli więc przejawem spełnienia wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia było udostępnienie przez oferenta informacji lub dokumentów, których może żądać zamawiający stosownie do regulacji zawartej m.in. w § 1 ust. 1 pkt 2 - 3 i ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r.,

poz.231), to informacje te są elementem oferty w związku z treścią art. 82 ust. 3 Pzp, (tak uzasadnienie uchwały SN z dnia 21 października 2005 r. III CZP 74/05).

Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, powinien zapewnić, aby zamówienie udzielone zostało jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 Pzp). Jak już wskazano art. 82 ust. 3 P.z.p. wymaga, aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ, w szczególności, aby wykazywała spełnienie przez wykonawcę postawionych przez Zamawiającego warunków. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter sformalizowany, a treść dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę wykonawcy (tzw. oferta w znaczeniu szerokim) co do zasady nie może podlegać zmianom ani uzupełnieniom po upływie terminu na jej złożenie. Wyjątek od powyższej zasady stanowi art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym możliwe jest uzupełnienie przez wykonawców, na wezwanie zamawiającego, pełnomocnictw, oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Art. 26 ust. 3 Pzp pozwala na uzupełnienie braków w złożonych ofertach po wezwaniu przez Zamawiającego, przy czym z orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej wynika zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia. Wprawdzie zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia nie została wprost wyrażona w Pzp, jednakże wynika ona zarówno z zasady równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, jak i z faktu, iż art. 26 ust. 3 Pzp stanowi wyjątek od reguły, który nie powinien być interpretowany rozszerzające. Wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jest więc traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne. W pierwszej kolejności należy wskazać na wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C 599/10, wydany na skutek wniosku z pytaniem prejudycjalnym, złożonego przez Sąd Najwyższy Republiki Słowacji w dniu 17 grudnia 2010 r. W zakresie oferty niedokładnej lub niezgodnej z wymogami technicznymi zawartymi w specyfikacji, ETS stwierdził m.in., że: *„Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.”* (też Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C 454/061 Presstext Nachrichtenagentur, Zb. Orz. s. I 4401, pkt 31, 32; Wyrok z 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C 496/992 Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. I 3801, pkt 111). Wśród licznych wyroków

wskazujących na jednokrotność wezwania do uzupełnienia dokumentów tytułem przykładu podać można: KIO/UZP 27/09, KIO/UZP 1530/08, KIO/UZP 1385/08 i KIO/UZP 1398/08, KIO/UZP 1042/08, KIO/UZP 950/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 926/08. Według art. 24 ust. 1 pkt. 3 i 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz takich, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Natomiast stosownie do art. 24 ust 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Jeżeli natomiast wykonawca w terminie składania ofert złożył oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp, które nie potwierdzają, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego i nie uzupełnił skutecznie braków na wezwanie Zamawiającego, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający w wezwaniu z 06.07.2016 r. wskazał, iż oczekuje uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wykonanie usługi zgodnej z wymaganiami SIWZ a więc na potrzebę przedłożenia dokumentów, o których mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013, poz. 231). Ponowił swoje wezwanie o te same dokumenty w dniu 13.07.2016 r. W istocie nie zaszły nowe okoliczności, na które Zamawiający się nie powołał w pierwszym wezwaniu, nadal chodziło bowiem o to, że Konsorcjum nie wykazało prawidłowo wykonania usług projektowych w zakresie instalacji gazowej. Wobec tego, że Konsorcjum zostało w dniu 6.07.2016 r. wezwane do przedstawienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie wykazu usług oraz dowodów, czy usługi te zostały wykonane należycie, ze wskazaniem właściwej formy obu tych dokumentów, to powinno w wyznaczonym terminie przedstawić żądane dokumenty i oświadczenie. Obowiązku tego Konsorcjum nie dopełniło, gdyż przedstawiona przy piśmie z 08.07.2016 r. Umowa o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r., nie korespondowała ze złożonym wraz z nim nowym Wykazem robót budowlanych oraz wykazem usług i nie przedstawiło prawidłowego Wykazu usług. Konsorcjum nie przedstawiło też w terminie potwierdzenia należytego wykonania usługi wynikającej z Umowy o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r., którą posłużyło się w celu wykazania warunku odpowiedniego doświadczenia w zakresie projektowania instalacji gazowej. Dostrzegł to Zamawiający, skoro ponownie w dniu 13.07.2016 r. wezwał Konsorcjum do poprawienia wykazu i przedstawienia

dowodu należytego wykonania usługi. Chodziło przy tym cały czas o tę samą wskazaną już w pierwszym wezwaniu okoliczność, nieprzedstawienia wykazu potwierdzającego wykonanie prac projektowych instalacji gazowej przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej oraz braku dowodu na prawidłowe wykonanie tych prac.

Tak więc już po pierwszym wezwaniu Konsorcjum powinno przedłożyć prawidłowe dokumenty, z których wynikałoby dysponowanie doświadczeniem w postaci dwóch usług projektowych obejmujących również zaprojektowanie instalacji gazowej. Nie zmienia tego fakt, że w ponownym wezwaniu z 13.07.2016 r. Zamawiający wskazał, jakie uchybienia ma dokumentacja przedstawiona przez Konsorcjum przy piśmie z 08.07.2016 r. Wykonawca wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powinien wykazać w sposób pełny i pozwalający bez żadnych wątpliwości ustalić spełnienie warunków, w takim zakresie, w jakim dotyczyło ich wezwanie Zamawiającego. Wezwanie Zamawiającego skierowane do Konsorcjum w dniu 6.07.2016 r. wskazywało na konieczność wykazania wykonania dwóch usług zaprojektowania instalacji gazowej a w odpowiedzi na to wezwanie Konsorcjum nie wykazało za pomocą wymaganych dokumentów i w wymaganym terminie tj. do dnia 11.07.2016 r., że posiada doświadczenie zastrzeżone przez Zamawiającego w SIWZ. tj. Konsorcjum nie wykazało, że dysponuje doświadczeniem w postaci wykonania dwóch usług zaprojektowania instalacji gazowej przedstawiając prawidłowy wykaz usług i dowód należytego wykonania usługi. Tymczasem, jeśli wykonawca składa w odpowiedzi na wezwanie jakiś dokument i z tym dokumentem jest związany obowiązek złożenia dodatkowych dokumentów lub dopełnienia formalności, również i te dodatkowe wymagania mieszczą się w wezwaniu. Należy też podkreślić, że wezwanie Zamawiającego z dnia 6.07.2016 r. było prawidłowe a Zamawiający stosując art. 26 ust. 3 Pzp określił nie tylko to, do złożenia jakiego dokumentu wzywa, ale także - dlaczego. Wezwanie z 06.07.2016 r. było więc w pełni skuteczne. W tej sytuacji nie powinno być ponowione.

Konsorcjum już przy pierwszym wezwaniu otrzymało od Zamawiającego precyzyjne wskazanie, jakiego elementu warunku nie potwierdziło i w jakich dokumentach występuje brak. W okolicznościach sprawy nie dało się tego wskazania uczynić precyzyjniej. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza przy rozstrzygnięciu spraw KIO 1020/14, KIO 1055/14, nie podlega naprawieniu w drodze wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, błąd w wykazie złożonym w wyniku zastosowania tego przepisu. Postępowanie Zamawiającego, polegające na powtórnych wezwaniu do uzupełnienia na tę samą okoliczność, było nieprawidłowe i nie znajdowało umocowania w ustawie - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający naruszał zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ inni wykonawcy musieli konkurować z oferentem niewywiązującym się z obowiązku solidnego i rzetelnego przygotowania oferty. Wezwany do uzupełnienia

wykonawca ma bowiem obowiązek w pełni wykazać spełnienie warunku, na którego uchybienie zwrócił mu uwagę zamawiający. Konsorcjum nawet w odpowiedzi na powtórne wezwanie nie uzupełniło prawidłowo dokumentów i oświadczeń, dopuszczając się uchybień w wykazaniu pełnomocnictwa. W przedstawionym powyżej kontekście obowiązków wezwanego do uzupełnienia wykonawcy, wątpliwa jest prawidłowość dalszego wezwania z dnia 18.07.2016 r. do przedstawienia pełnomocnictwa w wymaganej formie i wezwania do wyjaśnień treści tego pełnomocnictwa z dnia 20.07.2016 r.

W stanie prawnym adekwatnym dla sprawy przepis art. 26 ust. 2a Pzp obowiązujący do 28.07.2016 r. wskazywał, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków, przewidzianych art. 22 ust. 1 Pzp oraz brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp, nie później niż na dzień składania ofert. Zatem to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia tego, że spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku. W wyroku KIO z 1 lipca 2013 r., KIO 1439/13, Izba zwróciła uwagę, że z przepisu art. 26 ust. 2a wynika, że *"wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert (...). Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzeń, przeoczenia czy zwykłej omyłki nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego, jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca, który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po*

terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem". Dokonane przez Zamawiającego odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców.

Nawet gdyby uznać, że Konsorcjum samo powtórnie uzupełniło dokumenty na spełnienie warunku w postępowaniu, to ich zaakceptowanie przez Zamawiającego byłoby niedopuszczalne. Jakkolwiek, co do zasady, nie ma przeszkody do wzięcia pod uwagę dokumentów złożonych samodzielnie, bez wezwania wystosowanego przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, czy też wykraczając poza sugestie zawarte w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, to w takim wypadku wykonawca składając inny, ponad wezwanie, dokument czyni to na własne ryzyko, że niewłaściwie, wypełni oczekiwania zamawiającego. (...) Jednocześnie wykonawca decydując się na samodzielne określenie sposobu dowodzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w przypadku błędu pozbawia się możliwości ponownego skorzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 Pzp (tak wyrok KIO z 11 czerwca 2013 r., sygn. akt: KIO 980/13; KIO 1067/13; KIO 1072/13; KIO 1073/13; KIO 1078/13; KIO 1080/13, wyrok KIO z 21 maja 2013 r., sygn. akt: KIO 1007/13; KIO 1021/13; KIO 1050/13; KIO 1054/13, wyrok KIO z 19 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 529/13 oraz wyrok KIO z 15 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1169/11).

Należy też pokreślić, że pojęcia „projektu pierwotnego i zamiennego”, „kompletnej dokumentacji „zostały wprowadzone przez Zamawiającego w wezwaniu z 13.07.2016 r. Konsorcjum nigdy nie podnosiło wykonania projektu pierwotnego ani zamiennego, ani „kompletnej dokumentacji” w odniesieniu do przedstawionych dokumentów - w żadnym ze złożonych dokumentów, ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach, ani w uzupełnieniach, i tak:

- 1) w wyjaśnieniu złożonym przez Konsorcjum z 08.07.2016 r., Konsorcjum powołuje się na umowę z 25.11.2014 r. o wykonanie prac projektowych, nie na projekt zamienny,
- 2) w poświadczeniu załączonym do wyjaśnienia z 18.07.2016 r., Konsorcjum posługuje się nie projektem pierwotnym lecz umową z 12.02.2013 r. z Aneksami (za aneks uznając być może umowę z architektem z 25.11.2014 r., która jednak jak wynika ze złożonej umowy aneksem nie jest),
- 3) w złożonych Wykazach usług brak takich informacji,
- 4) w poświadczeniu z 31.12.2015 Konsorcjum nie nazywa zadania kompletną dokumentacją projektową ani wspólnie, projektem pierwotnym i zamiennym.

To Zamawiający na korzyść Konsorcjum i bezpodstawnie połączył te projekty na potrzeby wykazania doświadczenia Konsorcjum, a Konsorcjum uzupełniło Wykaz usług pod dyktando Zamawiającego. Takie działanie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum nie wykazało również w terminie spełnienia warunków postawionych w SIWZ w odniesieniu do warunku posiadania doświadczenia

w zakresie robót budowlanych. Skoro wezwaniem z 12.07.2016 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez złożenie wykazu robót budowlanych z załączeniem dowodów, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty, oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, to Konsorcjum powinno najpóźniej w terminie wskazanym w tym wezwaniu brak uzupełnić. Wskazując w Wykazie robót budowlanych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nową robotę – *„Przebudowa pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów p.poż oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (co., wod,-kan., wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne), wraz z wyposażeniem technologicznym przebudowanych pomieszczeń”*, Konsorcjum powinno zadbać, o jednoczesne przedstawienie poświadczenia jednoznacznego i pozwalającego potwierdzić nie tylko prawidłowość wykonania prac ale także zakres i wartość robót budowlanych, która była wymagana przez Zamawiającego - UMK w Postępowaniu. Takich jednoznacznych informacji nie zawierało jednak poświadczenie wystawione przez Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie. W szczególności dotyczy niewykazania w poświadczeniu, że wykonana robota budowlana obejmowała budowę instalacji gazowej oraz niewskazania wartości robót budowlanych w zadaniu o charakterze mieszanym obejmującym też dostawę znacznej wartości specjalistycznego wyposażenia medycznego. Odwołujący uważa też, że obejściem zasady jednokrotnego wezwania było w tym przypadku wystąpienie o wyjaśnienia do Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie, gdyż nie zmierzało ono do wyjaśnienia wątpliwości, co do treści lub prawdziwości oświadczeń wykonawcy lecz do wykazania przez Zamawiającego zamiast przez Wykonawcę i w interesie Wykonawcy, faktu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający dążył tym samym do uzupełnienia, na korzyść Konsorcjum, treści oferty Konsorcjum, podczas, gdy Konsorcjum podało w Wykazie robót budowlanych nieprawdziwe informacje odnośnie wartości prac budowlanych mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania (nieprawdziwość tych informacji wynika z zestawienia ich z treścią poświadczenia Centrum Onkologii). Konsorcjum podało w Wykazie robót budowlanych wartość robót w tym zadaniu ponad 12 mln brutto podczas, gdy była to łączna wartość robót i dostaw wyposażenia. Zamawiający postawił warunek w zakresie wartości robót nieprawdziwe informacje mogły mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż jej złożenie przesądzało o wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Również takie działanie było niedopuszczalnym faworyzowaniem Konsorcjum, które z pozycji uprzywilejowanej konkurowało z innymi Wykonawcami, muszącymi samodzielnie wykazać,

że spełniają warunki zastrzeżone w SIWZ. Po raz wtóry doszło więc do naruszenia zasad określonych w art. 7 Pzp.

Na tej samej zasadzie nie powinny mieć miejsca zapytania skierowane do Urzędu Miasta Imielin i COS-OPO w Szczyrku służące wykazaniu, że Konsorcjum wykonało również inne prace niż wykazane w poświadczeniach. Uzyskane w ten sposób przez Zamawiającego informacje nie potwierdzają należytego wykonania robót budowlanych w zakresie instalacji gazu (wymaganej przez Zamawiającego).

Poza uchybieniami proceduralnymi wybór oferty Konsorcjum, jako najkorzystniejszej jest wadliwy również z tej przyczyny, że pomimo wielokrotnych wezwań Konsorcjum nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu zastrzeżonych przez Zamawiającego w SIWZ, co wykazane zostanie poniżej.

Niewykazanie warunku doświadczenia w projektowaniu

W SIWZ Zamawiający wymaga doświadczenia w postaci dwóch usług polegających na opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej, wyraźnie wskazując, że dokumentacja ta ma obejmować projekty budowlane i wykonawcze oraz, że **oba rodzaje tych projektów** dotyczyć mają budowy lub rozbudowy albo remontu obiektów budowlanych **wraz z enumeratywnie wymienionymi:**

- a. instalacją wod.kan.
- b. instalacjami i urządzeniami cieplnymi,
- c. instalacjami gazowymi,
- d. klimatyzacją**
- e. wentylacją mechaniczną
- f. robotami wykończeniowymi

Różnica pomiędzy projektem budowlanym a projektem wykonawczym dotyczy przede wszystkim zawartości obydwu dokumentów oraz norm prawnych, w oparciu o które wymienione projekty powstają. Projekt budowlany jest dokumentem, którego zawartość reguluje ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290) w art. 34 ust. 1 i ust. 3 pkt 2. Projekt budowlany wykonuje się w celu uzyskania pozwolenia na budowę. Projekt wykonawczy jest dokumentem, którego zawartość regulowana jest przez § 5 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. dotyczącego formy oraz szczegółowego zakresu dokumentacji projektowej (Dz. U. z 2013 r. poz. 1129). Rozporządzenie to wydane jest w oparciu o art. 31 ust. 4 Pzp i służy wprowadzeniu szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno-użytkowego na cele opisanego przedmiotu zamówienia na roboty budowlane. Tak więc projekt budowlany i projekt wykonawczy, to dwa różne rodzaje projektów.

Wykazując, że w ramach „*Dokumentacji projektowej na adaptację i modernizację budynku przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej oraz na budowę hali magazynowo - garażowej wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego pozwolenia na budowę*”, Umowa o świadczenie usług architekta z **25.11.2014 r.** między Przedsiębiorstwem Miejskim MZUM.PL S.A., a EMGIEprojekt Sp. z o.o. Etap 2 Prac Projektowych zawiera projekt wykonawczy instalacji gazowej, Konsorcjum wykazało spełnienie warunku jedynie dla części postawionego warunku. Niewątpliwie bowiem umowa ta w załączniku nr 5 nie wymieniała dla projektu budowlanego świadczenia polegającego na zaprojektowaniu instalacji gazowej. Już tylko z tej przyczyny należałoby uznać, że Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków postawionych przez Zamawiającego w SIWZ w terminie wskazanym w wezwaniu do uzupełnienia z 06.07.2016 r. (dowód: Umowa o świadczenie usług architekta z **25.11.2014 r.** między Przedsiębiorstwem Miejskim MZUM.PL S.A., a EMGIEprojekt Sp. z o.o. w aktach postępowania).

Dodatkowo z porównania dwóch poświadczeń wystawionych przez Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA (lidera Konsorcjum) dla EMGIEprojekt SP. z o.o. w związku z wykonaniem prac dokumentacyjnych budynków przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej datowanego na dzień 25.03.2014 r. (załączonego pierwotnie do oferty) oraz datowanego na 31.12.2015 r. (przedstawionego w drugim uzupełnieniu dokumentów przy piśmie z 18.07.2016 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 13.07.2016 r. oraz z dokumentacji zamówienia publicznego udzielonego przez Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA dla EMGIEprojekt SP. z o.o., wynikają następujące wnioski:

- po pierwsze, że EMGIEprojekt SP. z o.o. wykonywał w odniesieniu do nieruchomości położonej w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 74 prace projektowe na podstawie dwóch umów: pierwszej zawartej dla zamówienia podstawowego i wykonywanej w okresie od 12.02.2013 r. do 25.11.2013 r. oraz drugiej zawartej dla zamówienia uzupełniającego i wykonywanej w okresie od 25.11.2014 r. do 30.04.2015 r.
- po drugie, że w ramach prac wykonanych na podstawie umowy dotyczącej zamówienia podstawowego dotyczącego budynków przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej ani projekt budowlany ani projekt wykonawczy nie obejmowały wykonania wewnętrznej linii zasilającej gaz ani instalacji gazu,
- po trzecie, że Umowa o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r. między Przedsiębiorstwem Miejskim MZUM.PL S.A. a EMGIEprojekt Sp. z o.o. Etap 2 Prac Projektowych zawarta na wykonanie zamówienia uzupełniającego dotyczącego budynków przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej przewidywała jedynie wykonanie projektu wykonawczego dla instalacji gazu natomiast projekt budowlany nie obejmował zaprojektowania instalacji gazu ani wewnętrznej linii zasilającej gaz,
- po czwarte niewątpliwie Umowa o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r. była

efektem zamówienia uzupełniającego, które nie polegało na wykonaniu projektu budowlanego i projektu wykonawczego a jedynie na wprowadzeniu zmian w dokumentacji - nie spełniała więc postawionego przez Zamawiającego wymogu,

- po piąte poświadczenie wystawione przez Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA (lidera Konsorcjum) dla EMGIEprojekt SP. z o.o. w dniu 31.12.2015 r. w związku z wykonaniem prac dokumentacyjnych budynków przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej jest niezgodne z treścią Umowy o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r. między Przedsiębiorstwem Miejskim MZUM.PL S.A. a EMGIEprojekt Sp. z o.o. Etap 2 Prac Projektowych zawartej na wykonanie zamówienia uzupełniającego dotyczącego budynków przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej, i tym samym nieprawdziwe. W Umowie tej bowiem tylko w jednym miejscu wskazana jest instalacja gazowa - załącznik nr 5 na stronie 2/3 wymienia jako element projektu wykonawczego w 2 Etapie prac projektowych 1. Świadczenie B - Projekty wykonawcze Zakres Świadczenia w pkt B lig g „projekt instalacji gazu. Odmienne natomiast wskazano w załączniku nr 5 do tej umowy (na str. 1/3) zakres prac w ramach projektu budowlanego tj. Etap 1 Prac projektowych a. Świadczenie A - Projekt Budowlany dla całej Inwestycji w zakresie niezbędnym do pozyskania Decyzji o pozwoleniu na budowę, Zakres świadczenia w Pkt A1 wymienia:

- a) Projekt zagospodarowania terenu
- b) Projekt architektoniczny
- c) Projekty branżowe:
 - projekt konstrukcji
 - projekt instalacji grzewczej
 - projekt instalacji wentylacji oraz instalacji poddymiania
 - projekt instalacji klimatyzacji i chłodzenia
 - projekt instalacji wodnokanalizacyjnej
 - projekt instalacji elektrycznej
 - projekt instalacji teletechnicznych i niskoprądowych (BMS)
- d) Uzgodnienia i zatwierdzenia Projektu Budowlanego.

Jak wykazano projekt budowlany nie obejmował więc wykonania instalacji gazowej.
(dowód: Umowa o świadczenie usług architekta z 25.11.2014 r. między Przedsiębiorstwem Miejskim MZUM.PL S.A., a EMGIE projekt Sp. z o.o. Etap 2 Prac Projektowych w aktach Postępowania, Poświadczenie wystawione przez Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA dla EMGIEprojekt SP. z o.o. w związku z wykonaniem prac dokumentacyjnych budynków przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej datowane na dzień 25 marca 2014 r. w aktach Postępowania, Poświadczenie wystawione przez Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL SA dla EMGIE projekt SP. z o.o. w związku z wykonaniem prac

dokumentacyjnych budynków przy ul. Piłsudskiego 74 w Dąbrowie Górniczej datowane na 31.12.2015 r., w aktach Postępowania).

Niewykazanie warunku doświadczenia w robotach budowlanych

Instalacje gazów medycznych są wyrobem medycznym i podlegają klasyfikacji zgodnie z Dyrektywą Unii Europejskiej 93/42/EWG, jako wyrób medyczny. Zgodnie z art. ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz. U. Nr 107, poz. 679) oraz zgodnie z rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 5 listopada 2010 r. w sprawie sposobu klasyfikowania wyrobów medycznych (Dz. U. Nr 215, poz. 1416) § 4 ust. 2 instalacje gazów medycznych zakwalifikowane są do wyrobów medycznych klasy Ha. Dla montażu instalacji gazów medycznych funkcjonują odrębne Polskie Normy o nr PN-EN ISO 7396-1:2016-07 - Systemy rurociągowo do gazów medycznych (EN 739:1998) oraz PN-EN 739:2005 - Zespoły węży niskociśnieniowych do gazów medycznych (EN 739:1998/A1:2002). Normy te nie dotyczą projektowania i budowy instalacji gazowych. Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z 7 sierpnia 2014 r. w sprawie klasyfikacji zawodów i specjalności na potrzeby rynku pracy oraz zakresu jej stosowania (Dz. U. poz. 1145) wyróżnia odrębnie zawód monter instalacji gazowych (symbol 712603) i monter instalacji gazów medycznych (symbol 712617).

Natomiast zupełnie odmiennie uregulowana jest kwestia robót budowlanych związanych z instalacją gazu zmiennego. Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 1422) w § 52 wskazuje na możliwość zaopatrzenia budynku z pomieszczeniami przeznaczonymi na pobyt ludzi w gaz: z sieci gazowej, baterii butli lub zbiorników stałych gazu płynnego, zgodnie z warunkami określonym w § 156 ust. 1 i § 157. Natomiast stosownie do § 164 cytowanego rozporządzenia z 12 kwietnia 2002 r. wskazuje, że przewodów instalacji gazowych nie należy prowadzić przez pomieszczenia mieszkalne oraz pomieszczenia, których sposób użytkowania może spowodować naruszenie stanu technicznego instalacji lub wpływać na parametry eksploatacyjne gazu. Odwrotnie jest w przypadku instalacji gazów medycznych, która musi być doprowadzona do pomieszczeń, w których stale przebywają mieszkańcy i mieć wylot przy łóżkach, na których leżą. Jak wynika z powyższego wykonywanie instalacji gazów medycznych nie gwarantuje umiejętności i możliwości wykonania instalacji gazu ziemnego.

W niniejszym postępowaniu w Programie Funkcjonalno Użytkowym stanowiący załącznik do SIWZ, Zamawiający przewidywał wykonanie prac budowlanych polegających m.in. na wymianie - przebudowa instalacji gazowej, a zaopatrzenie w gaz obiektów przy ul. Lwowskiej 1 w Toruniu odbywać się ma z sieci gazowej średniego lub niskiego ciśnienia na warunkach wydanych przez gestora sieci (dowód: Program Funkcjonalno Użytkowy – zał. nr 9 do SIWZ w aktach postępowania). Stąd Zamawiając postawił warunek udziału w

postępowaniu w postaci doświadczenia polegającego m.in. na wykonaniu co najmniej dwóch robót budowlanych wykonanie instalacji gazowych oraz dwóch usług projektowych (projekty budowlane, wykonawcze) w zakresie budowy wraz instalacjami gazowymi. Całkowicie nieuprawnione więc było uznanie przez Zamawiającego spełniania przez Konsorcjum warunku doświadczenia w zakresie budowy i projektowania instalacji gazowej, skoro konsorcjum wykonywało i projektowało jedynie instalacje gazów medycznych.

Dodatkowo wskazał, że Zamawiający podjął samodzielną próbę uzupełnienia oferty Konsorcjum poprzez uzyskanie odpowiedzi od Centrum Onkologii Instytut im. M.Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie, czy wartość prac budowlanych w ramach zadania Przebudowa pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów p.poż oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (co., wod.-kan., wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne), wraz z wyposażeniem technologicznym przebudowanych pomieszczeń (po odjęciu od wartości zadania kosztu wyposażenia technologicznego) osiągnęła próg 7 mln zł postawiony przez Zamawiającego w postępowaniu. Z dokumentacji przetargowej tego postępowania wynika wniosek przeciwny. Realizacja zamówienia na Przebudowę pomieszczeń Kliniki Chirurgii, Bloku Operacyjnego, Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii, dostosowanie istniejących klatek schodowych do wymogów p.poż oraz wykonanie instalacji wewnętrznych (co., wod.-kan., wentylacja i klimatyzacja, gazy medyczne i inst. elektryczne), wraz z wyposażeniem technologicznym przebudowanych pomieszczeń (Numer ogłoszenia: 459508-2013; data zamieszczenia: 12.11.2013) z uwagi na sposób finansowania podzielona została na 2 części. Część I obejmowała następujący zakres robót do wykonania:

- roboty konstrukcyjne i ogólnobudowlane dla Maszynowni systemu wentylacji i klimatyzacji
- część instalacyjna w Maszynowni systemu wentylacji i klimatyzacji
- roboty konstrukcyjne na tarasie wraz z instalacją urządzeń wody lodowej
- roboty instalacyjne z zakresu gazów medycznych i sprężonego powietrza, poza obszarem Kliniki Chirurgii, Bloku Operacyjnego i Oddziału Anestezjologii i Intensywnej Terapii
- dostosowanie klatek schodowych wg projektów Architektury i Konstrukcji
- instalacja systemu oddymiania klatek schodowych
- instalacja nowego agregatu prądotwórczego z robotami towarzyszącymi.

Zakres robót do wykonania w części II obejmował:

- pozostałe roboty budowlane i instalacyjne oraz wyposażeniem technologicznym zawartym w opisie przedmiotu zamówienia, w tym dostawa i instalacja wyposażenia oraz szkolenia personelu w zakresie obsługi urządzeń i aparatury medycznej.

Wynagrodzenie płatne było częściami, odrębnie po ich wykonaniu. Wynagrodzenie za I część ustalone zostało w kwocie 3.000.000zł. Niewiarygodnym jest więc, że Konsorcjum mogło dysponować w związku z wykonaniem tego zamówienia doświadczeniem wymaganym w SIWZ, która wymagała robót budowlanych w 7 min. W zasadzie bowiem wszystkie wymagane przez Zamawiającego w ramach warunku doświadczenia prace budowlane ujęte były w Części I zadania zleconego przez Centrum Onkologii Instytut im. M. Skłodowskiej-Curie Oddział w Krakowie.

Nierówność w traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego była w Postępowaniu tym bardziej widoczna, że Zamawiający bez głębszej analizy i kontaktu z własną jednostką odpowiedzialną za realizację robót zakwestionował, że „Przebudowa Auli Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu przy ul. Gagarina 11” nie obejmowała swym zakresem robót dot. instalacji gazowych i zażądał przedłożenia przez Odwołującego nowego Wykazu robót budowlanych (dowód: wezwanie do Odwołującego z 13.07.2016 r. w aktach postępowania). Odwołujący mimo, że nie zgadzał się z faktyczną podstawą wezwania zastosował się do niego i przedstawił inne roboty budowlane, satysfakcjonujące Zamawiającego (dowód: pismo Odwołującego z 15.07.2016 r. w aktach postępowania). Odwołujący jednak sam musiał wykazać spełnienie warunku. Dodatkowo niewłaściwym wydaje się być przyjmowanie bez zastrzeżeń doświadczenia w zakresie instalacji gazu medycznego w przypadku oferty Konsorcjum w sytuacji, kiedy zdecydowało się, że instalacja gazu technicznego wraz z układem detekcji gazu, nie spełnia warunku doświadczenia w robotach budowlanych dotyczących instalacji gazowej.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, zachodzi sytuacja, w której Zamawiający dokonując nienależytego badania i oceny ofert w konsekwencji doprowadził do wyboru oferty Konsorcjum pomimo, iż oferta ta nie jest w pełni zgodna z postawionymi warunkami SIWZ i to pomimo wielokrotnych wezwań do uzupełnień i wyjaśnień. Zamawiający oceniając oferty w sposób dowolny, z pominięciem obligatoryjnych zapisów Pzp uchybił podstawowej zasadzie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazać należy, iż tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów Pzp pozwala na przeprowadzenie postępowania z poszanowaniem powołanych zasad.

Zamawiający w dniu 03.08.2016 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 05.08.2016 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum P.M. MZUM zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz

Odwołującemu.

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

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

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, z uwzględnieniem zwłaszcza modyfikacji z 03.06.2016 r., oferta Odwołującego – wykaz robót budowlanych, wezwanie z 13.07.2016 r. skierowane do Odwołującego, odpowiedzią Odwołującego z 15.07.2016 r. wraz z nowym wykazem robót budowlanych, oferty Przystępującego – w zakresie wykazu usług oraz robót budowlanych wraz z załączonymi potwierdzeniami, wezwania z 06.07.2016 r. wraz z odpowiedzią z 08.07.2016 r. i dołączonymi załącznikami do niej, wezwania z 12.07.2016 r. wraz z odpowiedzią z 14.07.2016 r. i dołączonymi załącznikami do niej, wezwania z 13.07.2016 r. wraz z odpowiedzią z 18.07.2016 r. i dołączonymi załącznikami do niej, wezwania 18.07.2016 r. wraz z odpowiedzią z 19.07.2016 r. i dołączonym załącznikiem do niej, wezwania 20.07.2016 r. wraz z odpowiedzią z 21.07.2016 r., wniosków w trybie § 1 ust. 5 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów z 2013 r. – dwa z 01.07.2016 r. wraz z udzielonymi odpowiedziami oraz jeden wniosek z 20.07.2016 r. bez odpowiedzi, pisma Odwołującego skierowanego do Zamawiającego z 12 oraz 20.07.2016 r. wraz z załącznikami w pierwszym wypadku, jak i informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 25.07.2016 r.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie – złożone na rozprawie przez Odwołującego:

1. oświadczenie z 10 sierpnia 2016 r. firmy Lenox Polska Sp. z o.o. na okoliczność tego rodzaju, iż brak jest porównywalności instalacji gazu medycznego w stosunku do instalacji gazu ziemnego,

2. e-mail wraz z załącznikami z Urzędu Miasta w Dąbrowie Górniczej na potwierdzenie, iż doświadczenie w zakresie inwestycji dotyczącej Dąbrowy Górniczej uznane przez Zamawiającego de facto dotyczyło zamówienia uzupełniającego, czyli Przystępujący w ramach przetargu posługiwał się de facto dwoma zamówieniami: podstawowym oraz uzupełniającym, jak również na tą okoliczność, iż nie wymieniają te dokumenty instalacji gazowej w ramach tej usługi projektowej,
3. dokumenty związane z postępowaniem dotyczącym zadania realizowanego dla Centrum Onkologii Oddział w Krakowie na okoliczność, iż wartość robót budowlanych nie była zgodna z wartością podaną w wykazie oraz na okoliczność, iż obejmowała jedynie instalację gazów medycznych,
4. wydruk ze strony: <https://mojepanstwo.pl> - dotyczący również roboty budowlanej realizowanej na rzecz Centrum Onkologii – Instytutu Oddział w Krakowie na taką samą jak powyżej okoliczność,
5. 3 x wydruki polskich norm na okoliczność, iż instalująca gazów medycznych to zupełnie coś innego niż instalacja gazu ziemnego, chodzi o to, iż mamy do czynienia z wyrobem medycznym, a nie z robotą budowlaną,
6. ogłoszenie o zamówieniu oraz ogłoszenie o udzieleniu zamówienia dotyczące Instytutu Centrum Onkologii w Krakowie adekwatnie na tą samą okoliczność, co powyżej,
7. 3 x ogłoszenia dotyczące zadania dla Dąbrowy Górniczej na okoliczność, iż ta praca projektowa nie obejmowała wykonania pracy projektowej z uwzględnieniem instalacji gazu ziemnego oraz na okoliczność, iż mamy do czynienia z dwoma zamówieniami: podstawowym oraz uzupełniającym.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie – złożone na rozprawie przez Przystępującego:

1. wyciąg z projektu budowlanego z sierpnia 2013 r.- na okoliczność, że w ramach projektu budowlanego w ramach zadania podstawowego zakresem umowy było objęte wykonanie - wewnętrznej linii zasilającej gaz,
2. kopie przykładowych trzech faktur: z 13 grudnia 2013 r., z 7 kwietnia 2014 r. oraz z 7 sierpnia 2014 r. potwierdzających, iż wartość robót budowlanych przekraczała wymóg 7 mln zł - w zakresie zadania realizowanego na rzecz Centrum Onkologii,
3. kopie WLZ z 2013 r., tj. projekt budowlany i wykonawczy w zakresie inwestycji dotyczącej Dąbrowy Górniczej na potwierdzenie, iż przewidywana była instalacja gazowa tak w projekcie budowlanym, jak i wykonawczym.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie – kserokopie okazanego przez Przystępującego na rozprawie oryginału elementu dokumentacji projektowej budowlanej z sierpnia 2013 r. - rys. ze str. 30054, plan sytuacyjny, budynek biuro socjalny i magazynowo-garażowy (nr

rysunku MZUM-JP-PB-IS-01, wydanie A) w ramach legendy znajduje się opis „projektowana WLZ gazu”.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienia, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W tym zakresie, Izba przywołuje treść oferty Przystępującego i wezwań szczegółowo przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu wraz z udzielonymi odpowiedziami oraz załącznikami do nich – zgodnie z informacjami podawanymi w tym zakresie w odwołaniu. Uznając, że spór nie dotyczy sytuacji faktycznych, ale oceny prawnej opisanych czynności Zamawiającego oraz uzyskanych w wyniku wezwań odpowiedzi oraz dokumentów, jak ich oceny przez Zamawiającego.

Odnosząc się do poszczególnych zagadnień w ramach rozpatrywania poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego – art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust.3 Pzp (w sensie szerokim), art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 26 ust.3 Pzp, Izba uwzględniła zarzut – uzasadnienie poniżej. Powyższe dotyczy jedynie wykazu usług i zadania dla Dąbrowy Górniczej. Zarzuty z tych samych podstaw prawnych – względem wykazu robót, tzn. roboty budowlanej na rzecz Instytutu Onkologii – Kraków – nie potwierdziły się i podlegają oddaleniu.

Z uwagi na charakter zarzutów i okoliczności faktyczne wynikające ze stanu faktycznego Izba odniesie się do wskazanych zarzutów łącznie.

Odnosnie wymagań dotyczących wymaganej przez Zamawiającego wiedzy i doświadczenia w zakresie usług projektowych – w kontekście kwestowanego zadania na rzecz Dąbrowy Górniczej. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że nie podzieliła stanowiska wyrażonego na rozprawie przez Zamawiającego, co do sposobu rozumienia wymogu z pkt

5.1.2 lit. b. SIWZ, czyli dokonanej wykładni. W żadnym wypadku brak jest podstaw do uznania, iż wystarczyło wykazać się dwoma usługami polegającymi na opracowaniu i odebraniu przez Zamawiającego dokumentacji projektowej-kosztorysowej, jako całości, czyli wystarczyło, aby wykonanie obejmowało instalacje gazowe albo w ramach projektu budowlanego albo projektu wykonawczego. Izba podkreśla, że nawet gdyby uznać przekazaną ustnie przez Zamawiającego opinie co do wykładni dokonanej przez pracowników filologii polskiej Zamawiającego, stanowiłaby ona jedynie opinie prywatną i co do zasady stanowisko strony w sprawie. Przy czym, sposób wykładni wskazywałby na alternatywę, a z literalnej treści wynika jednoznacznie, że mamy do czynienia z koniunkcją poprzez użycie spójnika: „i”. Należy zauważyć, że dokumentacja projektowo – kosztorysowa została zdefiniowana w nawiasie (projekt budowlany i wykonawczy, a nie: „*albo wykonawczy*”).

Odnośnie, zaś samego zadania, Izba podnosi, że nie negując charakteru wykazu usług jako stanowiącego dowód na potwierdzenie spełnienia wymogu w zakresie oczekiwanej wiedzy i doświadczenia, a potwierdzenia jako potwierdzenia należytego wykonania zamówienia, konieczne jest jednak stwierdzenie, iż Zamawiający zakwestionował wykazanie wymogu poprzez zadanie w Dąbrowie Górniczej z uwagi na informacje od inwestorów, jak i wydaje się wewnętrzną niespójność obu dokumentów (pierwotne bowiem potwierdzenie zawierało podany zakres nie obejmujący instalacji gazowych). W konsekwencji Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia, co jest o tyle istotne, że nie było to wezwanie z 06.07.2016 r. - wezwaniem do wyjaśnień. Przystępujący nie może dowolnie ustosunkowywać się do wezwania do uzupełnienia, w pewnym zakresie traktując, je jako wezwanie do uzupełnienia w innym jako wezwanie do wyjaśnień. Jeżeli bowiem Przystępujący zamierzał jedynie wyjaśnić kwestie zadania dla Dąbrowy Górniczej i pierwotnego potwierdzenia – winien zakwestionować samo wezwanie, albo udzielić wyjaśnień, ale obok, tzn. z jednoczesnym uzupełnieniem z ostrożności procesowej o nową usługę. Należy pamiętać, że Izba ocenia zachowanie Zamawiającego na podstawie dokumentacji, która była w jego dyspozycji. Z żadnego dokumentu złożonego w postępowaniu przetargowym nie wynika, że w projekcie budowlanym i wykonawczym zamówienia podstawowego mamy do czynienia z zaprojektowaniem instalacji gazowej. W tym zakresie, Izba nie bierze pod uwagę wykazu pierwotnego i potwierdzenia, z uwagi na ich podważenie przez Zamawiającego w wezwaniu z 06.07.2016 r. Dopiero taka weryfikowalna informacja pojawiła się w odpowiedzi na wezwanie z 06.07.2016 r. – odpowiedź z 08.07.2016 r. (informacja – akapit 2 pisma /bez wskazania czy w obu projektach, budowlanym i wykonawczym/ oraz zał. nr 5 do umowy będącej zamówieniem uzupełniającym).

Przy czym, jest ona niespójna, gdyż jeśli uznać, że jak domagał się Zamawiający z Przystępującym na rozprawie, zamówienie podstawowe tworzy wraz z zamówieniem uzupełniającym funkcjonalną całość, a uzyskana odpowiedź to wyjaśnienie, a nie uzupełnienie w zakresie zadania dla Dąbrowy Górniczej, konieczne byłoby w tym zakresie dokonanie stosownej korekty wykazu usług odnośnie daty jego zakończenia oraz dokumentu potwierdzającego. Nie można bowiem uznać w takiej sytuacji wykazu pierwotnego oraz potwierdzenia, jeśli zamówienie trwało i zakończyło się w 2015 r. Powyższe nastąpiło dopiero 18.07.2016 r. w wyniku drugiego wezwania do uzupełnienia z 13.07.2016 r. de facto w tym samym zakresie i na tą samą okoliczność, co stanowi naruszenie art. 26 ust.3 Pzp.

Przywołana wcześniej niespójność, a nawet sprzeczność odpowiedzi z 08.07.2016 r. wynika także z samej informacji z 08.07.2016 r., jeśli bowiem nie było to wyjaśnienie (wbrew temu co twierdził na rozprawie Zamawiający i Przystępujący), jako takie, ale wyjaśnienie z uzupełnieniem, tym bardziej należało załączyć oprócz wyjaśnień dotyczących usługi zawartej w pierwotnym wykazie, nowy wykaz wraz z nowym potwierdzeniem, co nastąpiło, ale de facto dopiero 18.07.2016 r.

Izba zauważa, że Przystępujący zmieniał wykaz usług 08, jak i 18.07.2016 r. Oba wezwania dotyczyły zadania dla Dąbrowy Górniczej i były na tą samą okoliczność. To, że Przystępujący nie przedstawił nowego wykazu i potwierdzenia po pierwszym wezwaniu było jego decyzją z którą wiążą się określone konsekwencje. Nie można w nieskończoność poprawiać wykazu, w tym wypadku usług i zmieniać stanowisko co do charakteru wykazywanej usługi, raz twierdząc, że wystarczające jest realizacja usługi w zakresie zamówienia podstawowego, innym razem dopiero wraz z zamówieniem uzupełniającym. Przystępujący odpowiedzią z 08.07.2016 r. wprowadzał dezinformacje co do swojego przekazu. Z jednej bowiem strony, jak twierdził na rozprawie - wyjaśniał – akapit 2 pisma (nie precyzując, że informacja dotyczy tak projektu budowlanego, jak i wykonawczego), jednocześnie załączając – zał. nr 5 do zamówienia uzupełniającego, co było zupełnie niespójne z pierwotnym wykazem usług, jak i potwierdzeniem. Brak konsekwencji w działaniu Przystępującego w toku postępowania przetargowego, czyni jego działania niewiarygodnymi. Dopiero bowiem na rozprawie Przystępujący potwierdził, że instalacja gazowa była projektowana w ramach projektu budowlanego i wykonawczego zamówienia podstawowego w 2013 r. Przy czym było to działanie spóźnione, albowiem winien to uczynić na wcześniejszym etapie, jeśli bowiem chciał „obronić” pierwotny wykaz i potwierdzenie, winien stosowne dowody, wobec podważenia wiarygodności przez Zamawiającego pierwotnego wykazu i potwierdzenia, przedstawić po wezwaniu z 06.07.2016 r. z jednoczesnym złożeniem środka ochrony prawnej (jeśli chciał jedynie wyjaśnić) lub przedstawić nowy wykaz i potwierdzenie z nowym zadaniem z jednoczesnym wyjaśnieniem

popartym dowodem względem pierwotnie wykazanego zadania (jeśli nie chciał podważać samego wezwania do uzupełnienia). Nie można teraz niejako wstecznie przywracać sobie termin do kwestionowania wezwania z 06.07.2016 r. twierdząc, że w zakresie dotyczącym zadania dla Dąbrowy Górniczej nie zgadzał się z tym wezwaniem i udzielił jedynie samych wyjaśnień, które poparł dowodami. Izba jedynie na marginesie podnosi, że „takie wyjaśnienia” były bardzo niejednoznaczne w przekazie, a działanie, tj. wezwanie z 13.07.2016 r. rodzi pytanie na jakiej podstawie – Zamawiający mógł zmienić charakter wezwania z 06.07.2016 r. post fatum na wezwanie do wyjaśnień, gdyż tylko wtedy nie naruszyłby art. 26 ust. 3 Pzp. Przedmiotowe bowiem wezwanie niewątpliwie jest kolejnym wezwaniem do uzupełnienia na tą samą okoliczność w zakresie wykazu usług odnośnie zadania dla Dąbrowy Górniczej.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że ma także wątpliwości, czy można uznać zamówienie podstawowe i zamówienie uzupełniające, jako funkcjonalną całość, gdyż mimo pozornej możliwości, przywołane na rozprawie przez Zamawiającego orzecznictwo, taką możliwość uzależnia od danego stanu faktycznego. W tym wypadku, jak wynika z dowodu nr 2 złożonego przez Odwołującego na rozprawie, tak w zamówieniu podstawowym, jak i uzupełniającym była dokumentacja projektowa budowlana i wykonawcza, w obu też wypadkach wydano odrębne pozwolenia na budowę. W konsekwencji twierdzenie, że mamy do czynienia z funkcjonalną całością jest wysoce dyskusyjne, w obu bowiem wypadkach zamówienia zakończyły się, tzn. proces projektowania uzyskaniem pozwolenia na budowę. W rezultacie docelowo inwestor mógł rozpocząć budowę już w 2013 r., to że tak nie nastąpiło było decyzją inwestora, jak i zlecenie zmian w projektach. Inaczej mówiąc zamówienie uzupełniające mogło w ogóle nie zaistnieć. Z tej przyczyny, Izba nie uznała, w tym stanie faktycznym, możliwości połączenia obu zamówień w funkcjonalną całość.

Izba podkreśla, że podstawą uwzględnienia odwołania jest okoliczność, że Przystępujący nie potwierdził wymaganego wymogu w toku postępowania przetargowego, czyli nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odnośnie usług projektowych, zgodnie z pkt 5.1.2 lit. b SIWZ, tzn. nie wykazał drugiej usługi, za taką nie uznając zadania dla Dąbrowy Górniczej (art. 24 ust.4 w zw. z art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp, to jedynie efekt uznania wykazu usług jako części oferty w sensie szerokim. W tym zakresie Izba podzieliła argumentację Odwołującego z odwołania uznając, ją za własną). Działania w tym zakresie czynione na rozprawie były spóźnione.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia

przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.

Pierwotny wykaz względem pierwotnego potwierdzenia był sprzeczny i Zamawiający zasadnie miał podstawy do jego weryfikacji. W takiej sytuacji, w toku procedury przetargowej Przystępujący musiał przedstawić dowody na potwierdzenie tego wykazu w spornym zakresie lub nowy wykaz i potwierdzenie, jednakże na zasadach opisanych powyżej.

Wezwanie z 12.07.2016 r. niewątpliwie miało charakter drugiego wezwania do uzupełnienia na tą samą okoliczność, stanowisko zaś z rozprawy, że Zamawiający winien najpierw wezwać do wyjaśnień, a dopiero potem do uzupełnienia, jest de facto jak było już wskazywane wcześniej, kwestionowaniem samego wezwania z 06.07.2016 r. na obecnym etapie, co Izba wskazywał już we wcześniejszym fragmencie uzasadnienia, choć w nieco innym kontekście. Nie ma znaczenia, czy czyni to Przystępujący, jako wynik poparcia obecnych wątpliwości Zamawiającego, czy też efekt przedstawienie obecnego stanowiska Przystępującego na rozprawie.

Wskazane uwzględnienie, z przytoczonej podstawy prawnej, nie dotyczy zadania dotyczącego wykazu robót, tzn. roboty budowlanej na rzecz Instytutu Onkologii – Kraków, w tym zakresie, Izba oddaliła zarzuty. Nie można zaprzeczyć, że nowy wykaz robót oraz nowe potwierdzenie uzyskane jako efekt wezwania z 12.07.2016 r. do uzupełnienia oraz uzupełnienia z 14.07.2016 r. dotyczy instalacji gazów medycznych. Przy czym, w zakresie instalacji gazowej, brak było w pkt 5.1.2 lit. a SIWZ zastrzeżenia, że dotyczy ten wymóg jedynie instalacji gazowej dotyczącej gazu ziemnego. Z tej przyczyny zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem, wszelkie niejasności należy interpretować na korzyść Wykonawców, w tym wypadku Przystępującego. Tak też w wyroku KIO z 15.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1343/14: *"Izba za orzecnictwem wskazuje, czego nie dostrzegł Zamawiający, że wszelkie niejasności w postanowieniach SIWZ działają każdorazowo na korzyść Wykonawców. W konsekwencji, Izba nie może przejść do porządku dziennego nad zaistniałą sytuacją. (...)"*. Jak i w wyroku KIO z 18.06.2015 r., sygn. akt: KIO 1148/15: *"Ponadto - co zostało już potwierdzone w orzecnictwie - jakiegokolwiek wątpliwości w interpretacji warunków i wymagań Zamawiającego postawionych w tym zakresie w SIWZ nie mogą być odczytywane na niekorzyść wykonawcy, zatem nie mogą przesądzać o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego."*

Izba uznała także, że Przystępujący wykazał się w tym zakresie wymaganą wartością 7 mln. Z dowodów Odwołującego wynikało, że zasadna była argumentacja Zamawiającego z rozprawy, że podczas tej roboty budowlanej mieliśmy do czynienia z wyposażeniem technologicznym wbudowywanym podczas robót budowlanych, np. podtynkowo. Zgodne z stanem faktycznym okazało się także twierdzenia Przystępującego, że wynagrodzenie miało w tym zamówieniu charakter ryczałtowy. Dowody Odwołującego to potwierdziły. Z załączonych dowodów przez Odwołującego nie wynika rzeczywista ewentualna wartość wyposażenia technologicznego, w tym zakresie nie przedstawiono dowodów pozwalających na możliwość cenowego wydzielenia, np. kosztorysu, zaś z dowodów złożonych na rozprawie nr 2 przez Przystępującego wynika jednoznacznie, że wykazana robota budowlana spełniła wymóg oczekiwanego progu w wysokości 7 mln PLN.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba oddaliła zarzut – uzasadnienie poniżej. Powyższy zarzut nie potwierdził się, tak w zakresie spornej usługi w ramach wykazu usług, jak i spornej roboty budowlanej w ramach wykazu robót budowlanych.

W pierwszym wypadku, możemy co najwyżej uznać, że mamy do czynienia z nie wykazaniem spełnienia warunku udziału w zakresie wykazywanej usługi na etapie postępowania przetargowego, tylko w ten sposób można ocenić zaistniały stan faktyczny, jak uczyniła to Izba powyżej, przy rozpatrywaniu wcześniejszego zarzutu, zaś w drugim wypadku brak jest jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie złożenia nieprawdziwej informacji w zakresie wykazywanego progu wartości dla roboty budowlanej dla zadania roboty budowlanej na rzecz Instytutu Onkologii – Kraków.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego - art. 7 ust.1 Pzp, Izba oddaliła zarzut – uzasadnienie poniżej.

W tym zakresie, sytuacja Odwołującego była odmienna niż Przystępującego, w kontekście wykazy robót budowlanych i wykazywanej roboty. W sytuacji bowiem Odwołującego była to instalacja będąca częścią elementem klimatyzacji. Potwierdza to chociażby dowód nr 1 złożony przez Odwołującego, choć na inną okoliczność. Wymóg SIWZ z pkt. 5.1.2 lit. a Zamawiającego odnosił się tak do instalacji gazowej, jak i klimatyzacji, czyli klimatyzacja miała być potwierdzona odrębnie, w przeciwnym wypadku taki wymóg byłby

zbędny – a tego rodzaju wykładnia prowadziłyby do absurdu. Odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu pozwalającego na możliwość uznania, że instalacja będąca elementem klimatyzacji, może być uznana jednocześnie za instalację gazową. Zamawiający nie potwierdził okazanych na rozprawie przez Odwołującego protokołów i nie zostały one złożone jako dowód w sprawie, stąd nie zostały one zaliczone w poczet materiału dowodowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. w maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (z rachunku na 8.610,00), dojazdu złożenia odwołania w KIO (rachunek – 537,66) oraz dojazdu na rozprawę (rachunek - 537,66) /§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia/.

Przewodniczący:

.....