

Sygn. akt: KIO 803/17

**WYROK**  
**z dnia 11 maja 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agata Mikołajczyk**  
**Członkowie : Jolanta Markowska**  
**Lubomira Matczuk-Mazuś**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2017 r. r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez wykonawcę - **M.W. S.A., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Błonie, ul. Rynek 6, (05-870 Błonie),**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.G.B. Sp. z o.o., Sp. k., A. Sp. z o.o., (...)**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie;**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M.W. S.A., (...)**:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20. 000zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M.W. S.A., (...)** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza rzecz zamawiającego - **Gminy Błonie, ul. Rynek 6 (05-870 Błonie) od wykonawcy M.W. S.A., (...)** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawcę - M.W. S.A. z siedzibą w W. [Odwołujący], którego przedmiotem jest „Budowa Centrum Sportu w Błoniu jako „Wielofunkcyjnego kompleksu sportowo - rekreacyjnego obejmującego budynek hali sportowo - widowiskowej, budynek krytego basenu wraz z zapleczem techniczno-socjalnym, rekreacyjno-treningowym oraz pozostałą infrastrukturą towarzyszącą”;. Zdaniem wnoszącego odwołanie, Zamawiający - Gmina Miejska w Błoniu naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.] [ustawa Pzp] z uwagi na:

(1) zaniechanie z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp odrzucenia oferty wykonawcy Konsorcjum firm, w skład którego wchodzi: A.G.B. sp. z o.o., Sp. k. (lider) i A. sp. z o.o. (partner), zwanego dalej „Konsorcjum A.”, jako niezgodnej z ustawą Pzp oraz nie odpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”, z powodu istotnej zmiany treści oferty dokonanej przez tego wykonawcę w wyniku uzupełnienia dokumentów z dnia 10:04.2017 r., a polegającej na zmianie treści oświadczenia woli (oferty) w zakresie podwykonawców, na zasoby których wykonawca ten będzie się powoływał na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp;

(2) zaniechanie z naruszeniem art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 (ewentualnie pkt 17) ustawy Pzp oraz art 26 ust. 3 ustawy Pzp wykluczenia wykonawcy Konsorcjum A., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. V.2.3. lit. a/ i b/ SIWZ, tj. określonego przez Zamawiającego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy polegającego na wykazaniu się m. in. wykonaniem 1 basenu o niecce ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody minimum 300m<sup>2</sup> o wartości minimum 25 mln zł brutto oraz w zakresie potencjału kadrowego w odniesieniu do wykazania się dysponowaniem osobą mającą spełniać sformułowane przez Zamawiającego wymagania dla kierownika robót telekomunikacyjnych:

(3) zaniechanie z naruszeniem art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp, wykluczenia Konsorcjum A., pomimo że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki, udziału w postępowaniu w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy polegającego na wykonaniu 1 basenu o niecce ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody minimum 300m<sup>2</sup> i wartości minimum 25 mln zł brutto;

(4) zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum A., pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdz. V.2.2. 'lit. a/

SIWZ, tj. określonego przez Zamawiającego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 20 mln zł;

(5) niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum A., mimo że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu, a sam podmiot podlega wykluczeniu z postępowania, co potwierdza naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący mając na uwadze powyższe zarzuty wniósł o:

(1) uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum A. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu; b) dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jej następstwie - nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ, c) względnie - w przypadku nieuznania zarzutów w zakresie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, wykluczenie tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 (lub pkt 17) ustawy Pzp z powodu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy, bez możliwości wezwania Konsorcjum A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na podanie informacji nieprawdziwych i w konsekwencji - nakazanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, a w przypadku nieuznania zarzutu w zakresie zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 (lub pkt 17) ustawy Pzp: d) nakazanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp z powodu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie doświadczenia zawodowego wykonawcy, z zastrzeżeniem braku możliwości wezwania Konsorcjum A. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt wyczerpania tego trybu w tym zakresie z powodu dokonanego już wcześniej samouzupełnienia; e) nakazanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp z powodu niepotwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i niewykazania braku podstaw do wykluczenia w zakresie wykazania się dysponowaniem kierownikiem robót telekomunikacyjnych o wymaganych uprawnieniach budowlanych oraz posiadaniem wymaganej zdolności finansowej, z zastrzeżeniem możliwości wezwania Konsorcjum A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3

ustawy Pzp w odniesieniu do kierownika robót telekomunikacyjnych i wykazanej zdolności finansowej.

Wniósł także o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych. Stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu sklasyfikowaną na drugim miejscu, co oznacza, że w przypadku odrzucenia oferty Konsorcjum A., za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta Odwołującego. Wskutek naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał:

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp:

Zgodnie z pkt 8 b formularza oferty, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ, Zamawiający wymagał podania przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie informacji o podwykonawcach (część/zakres przedmiotu zamówienia, nazwy podwykonawców), na zasoby których wykonawca powoływał się będzie na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, stosownie do postanowień pkt 1 lit. b/ Rozdziału VII SIWZ („Oświadczenia i dokumenty składane przez Wykonawcę z ofertą”), wykonawca, który powoływał się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia oraz spełnienia w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany był do złożenia Oświadczenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ”) dotyczącego tych podmiotów. Z treści formularza oferty złożonego przez Konsorcjum A. wynika jednoznacznie, że wykonawca ten nie będzie korzystał z udziału podwykonawców, na których zasoby powoływał się będzie w oparciu o art. 22a ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten w formularzu oferty, bezspornie stanowiącym jej treść, dokonał w tym zakresie złożenia jednoznacznego oświadczenia woli poprzez wykreślenie właściwej części powołanego punktu formularza. Do formularza oferty na etapie składania ofert nie dołączono też żadnego formularza JEDZ dla podmiotu udostępniającego potencjał na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp w tym zakresie. Zgodnie z Rozdz. XII pkt 3 SIWZ zawartość oferty (jej treść) stanowią zarówno formularz oferty (zał. nr 1 do SIWZ), jak i dokument lub dokumenty JEDZ, wymagane zgodnie z treścią SIWZ, sporządzone na wzorze stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Formularze stanowiące załączniki: do SIWZ winny zachować formę i treść ustaloną przez Zamawiającego (Rozdz. XII pkt 2 lit. f) SIWZ). Zamawiający w dniu 04.04.2017 r. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum A. do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających

okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czyli do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. Konsorcjum A. udzieliło odpowiedzi na wezwanie 06.04.2017 r., przedstawiając m.n. Wykaz robót obejmujący 3 zadania inwestycyjne mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, z których wszystkie stanowią potencjał własny tego wykonawcy. W związku z tą odpowiedzią Zamawiający w dniu 07.04.2017 r., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum A. do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień w odniesieniu do wykazanych w ramach przedstawionego pierwotnie Wykazu robót inwestycji, w tym do podania wartości brutto dotyczącej wykonania basenu na zadaniu wykazanym w pozycji 1. Wykonawca w dniu 10.04.2017 r. udzielił odpowiedzi, w której poza wyjaśnieniem, przedstawił uzupełniony o kolejną (nową) inwestycję Wykaz robót, która nie stanowi zasobu własnego wykonawcy, lecz potencjał podmiotu trzeciego, na którego zasoby wykonawca ten zamierza powoływać się na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp. Dołączono doń również oświadczenie JEDZ oraz zobowiązanie pisemne, w którym ujęto zakres robót powierzonych do wykonania podwykonawcy w zakresie wykonania technologii basenowej, wentylacji i klimatyzacji oraz niecek, co nie znajduje odzwierciedlenia w uprzednio złożonym formularzu ofertowym.

Zdaniem Odwołującego, Konsorcjum A. dokonując uzupełnienia dokumentów, w ramach którego wprowadziło do Wykazu robót nową inwestycję, która stanowi potencjał podmiotu trzeciego, tj. P.B.P. „C. - K. S.A., zwanego dalej „C.”, dokonało niedopuszczalnego w świetle ustawy Pzpsamouzupełnienia wprowadzając do oferty nowego podwykonawcy, którego zasób miałby potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu zakresie doświadczenia wykonawcy. Tym samym - dokonał niedopuszczalnej w świetle przepisów ustawy Pzp zmiany treści oferty.

Odwołujący podkreślił, że uznanie przez Zamawiającego powyższych czynności wykonawcy, które spowodowały zmianę treści oświadczenia woli (oferty), za dopuszczalne, bezspornie narusza przepisy ustawy Pzp i determinuje spełnienie przesłanek odrzucenia oferty Konsorcjum A. zarówno na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą, jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako nieodpowiadającej treści SIWZ z powodu wprowadzenia istotnej zmiany treści oferty. Ponadto stwierdził, że niezależnie od wad formalnych złożonego zobowiązania pisemnego (treść zobowiązania nie odpowiada rygorom przepisów ustawy Pzp i nowych aktów wykonawczych po nowelizacji) oraz niemożności udostępnienia potencjału w tym zakresie przez C., zachowanie Konsorcjum A. należy uznać za złożenie nowej oferty, istotnie zmieniającej pierwotnie złożone w formularzu ofertowym oświadczenie woli tego wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, które w świetle art. 22a ust 6 ustawy Pzpjest absolutnie niedopuszczalne. Zdaniem Odwołującego, na gruncie przepisów ustawy Pzp po

nowelizacji, oferta wykonawcy w tym zakresie nie może ulec zmianie. Wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym, mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. W świetle powołanego przepisu nie jest więc możliwe „wprowadzenie” do oferty nowego podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca będzie się powoływał w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wcześniej nie deklarowano korzystania z potencjału podmiotów trzecich. W pierwszej, możliwość żądania od wykonawcy podjęcia czynności określonych w punktach 1 i 2 powołanego przepisu jest działaniem ściśle zastrzeżonym dla Zamawiającego (a nie wykonawcy w drodze samouzupelnienia) i odnosi się wyłącznie do sytuacji, w której w pierwotnie złożonej ofercie powołano się na potencjał podmiotów trzecich w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że Zamawiający mógłby dokonać takiego wezwania wyłącznie w przypadku gdyby Konsorcjum A. posłużyło się potencjałem podmiotu trzeciego w pierwotnie złożonej ofercie, co w tej sytuacji nie miało miejsca. Dokonane w dniu 10.04.2017 r. wezwanie w trybie aft. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie mogło więc stanowić wezwania do uzupełnienia dokumentów w sposób sprzeczny z art. 22a ust 6 ustawy Pzp. Po drugie, pkt 1 powołanego przepisu wyraźnie mówi o „zastąpieniu” podmiotu lub podmiotów i mogą nimi być wyłącznie podmioty, o których mowa w ust. 1 artykułu 22a ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, racjonalny ustawodawca całkowicie świadomie przewidział możliwość dokonania zmiany podwykonawcy wyłącznie w przypadku, gdy jego potencjał podlegał udostępnieniu na zasadach określonych w art. 22a ust 1 ustawy Pzp. Przepis art. 22a ust 6 ustawy Pzp nie daje zatem możliwości bezrefleksyjnego wprowadzania do oferty nowego podwykonawcy, na którego potencjał jako podmiotu trzeciego postanowił się powołać wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ust 1 ustawy Pzp, wskazując, mu jednocześnie w zobowiązaniu pisemnym zakres udziału w realizacji robót, który nie został przewidziany w pierwotnie złożonej ofercie. Jego zdaniem, przedmiotowy stan faktyczny wykracza jednoznacznie poza zakres dopuszczalności ustawowej określony w art. 22a ust 6 ustawy. Powołany przepis nie przewiduje bowiem sytuacji, w której w przypadku pierwotnego braku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego mającego pełnić rolę podwykonawcy w realizacji zamówienia, możliwe byłoby dokonanie takiej zmiany treści oferty, która pozwoliłaby na wprowadzenie do realizacji nowego podmiotu jako podwykonawcy, który de facto nie będzie zastępował innego podmiotu, lecz przejmował do podwykonawstwa zakres robót, który miał być realizowany

siłami własnymi przez wykonawcę lub podwykonawcę nie udostępniającego potencjału w trybie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że takie rozwiązanie, polegające na wprowadzeniu istotnej zmiany treści oferty w zakresie podwykonawstwa, które stoi w sprzeczności z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, nie znalazło swojego uregulowania w postanowieniach SIWZ. Tym samym, działanie wykonawcy, jako sprzeczne z postanowieniami SIWZ, winno się spotkać ze zdecydowaną reakcją ze strony Zamawiającego i zdeterminować odrzucenie oferty tego wykonawcy, jako nieodpowiadającej treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Reasumując stwierdził, że Zamawiający w tych okolicznościach powinien odrzucić ofertę Konsorcjum A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jako niezgodną z ustawą oraz nie odpowiadającą treści SIWZ.

II. Zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy

Zgodnie z SIWZ - (Rozdz. V pkt2.3.lit.a) SIWZ) Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się, że *„wykonał w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:*

- *1 basen o niecce ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody min. 300m<sup>2</sup> i wartości min.25 mln PLN brutto,*
- *1 halę sportową, sportowo - widowiskową lub widowiskową o kubaturze 15.000m<sup>3</sup> i wartości min. 10 mln PLN brutto."*

Konsorcjum A. w Wykazie robót budowlanych, złożonym 06.04.2017 r. [w odpowiedzi na wezwanie z dnia 04.04.2017 r.] przedstawiło trzy zadania, z których dwa, ujęte w poz. 1 i 2 przedstawione zostały na potwierdzenie spełniania warunku udziału w zakresie tiret pierwszego, tj. w zakresie wykazania się wykonaniem 1 basenu o niecce ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody min 300m<sup>2</sup> i wartości mln. 25 mln PLN brutto. Zdaniem Odwołującego zarówno zadanie wykazane w poz. 1 jak i poz. 2 nie spełnia wymagań, co powinno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust.1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp

Odnosząc się do zadania w poz. 1 Wykazu (Budowa Centrum Sportu i Rekreacji „Olender” w Wielkiej Nieszawce), Odwołujący wskazał, że zarówno z treści Wykazu, jak i z brzmienia dołączonego dokumentu referencyjnego, mającego stanowić dowód potwierdzający należyte wykonanie zamówienia, nie wynika potwierdzenie spełnienia wymaganej wartości basenu. Podał, że brak informacji w tym zakresie zauważył sam Zamawiający, wzywając Konsorcjum w dniu 07.04.2017 r. do złożenia wyjaśnień: *„(...) Zamawiający zwraca się o podanie wartości brutto dotyczącej wykonania basenu. Wykonawca podał kwotę za realizację całości zamówienia, bez podania wartości robót dotyczących basenów”.*W odpowiedzi z 12.04.2017 r. (vide: pkt 1 - 2), Konsorcjum A.



udzieliło następujących wyjaśnień: „1. *Odnosnie wartości basenu wykonanego w ramach inwestycji „budowa Centrum Sportu i Rekreacji „Oleander” w Wielkiej Nieszawce, wskazujemy, że wartość brutto dotycząca wykonania przedmiotowej inwestycji, tj. basenu wraz z przynależnym kompleksem hotelowym wynosi ponad 25 mln złotych. W kompleksie - jeden z wybudowanych basenów ma też oczekiwaną powierzchnię - 318,6m<sup>2</sup>. 2. Z ostrożności procesowej, celem uwiarygodnienia posiadania odpowiednich referencji do realizacji przedmiotowego zamówienia, Wykonawca przedkłada dodatkowo referencję wykonania: „Rozbudowy Baseballowego Kompleksu Turystyczno-Rekreacyjno- Sportowego w K. - budowa Aqaparku”, użyczonego w ramach udostępnienia zasobów przez C. SA. (wartość basenu - 28.604.370,44 zł, powierzchnia basenu 400 m<sup>2</sup>). Referencje przedkładamy wobec niejednoznaczności co do zakresu wymaganych referencji.”*

Zdaniem Odwołującego, tak udzielona odpowiedź, w kontekście postawionego warunku, bezspornie nie powinna stanowić podstawy do uznania o spełnieniu wymogu w zakresie wartości basenu. Po pierwsze, wykonawca odniósł wartość wykonania do całości inwestycji, ujmując w niej nie tylko wartość samego basenu, lecz również „przynależnego kompleksu hotelowego”, co nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do wartości samego basenu. Po wtóre, dokonanie uzupełnienia Wykazu o nową inwestycję, o którym mowa w pkt 2 pisma wykonawcy, potwierdza, iż on sam ma pełną świadomość, co do niespełnienia wymogu Zamawiającego. Za kompletnie niezrozumiałe należy również uznać zawarte w powołanym punkcie wyjaśnień stwierdzenie: „Referencje przedkładamy wobec niejednoznaczności, co do zakresu wymaganych referencji”. Jeśli sformułowanie to odnosić do niejednoznaczności co do wymogu postawionego przez samego Zamawiającego, to zawartą w odpowiedzi wykonawcy sugestią powinno się uznać za całkowicie chybioną. Zdaniem Odwołującego, brzmienie w tym zakresie warunku jest jednoznaczne i nie powinno budzić żadnych wątpliwości. Jego literalne brzmienie wyraźnie odnosi pojęcie wartości do samego, pojedynczego basenu, spełniającego określone parametry powierzchni lustra wody i technologii wykonania niecki. Takie rozumienie warunku w rzeczonym zakresie jednoznacznie potwierdzone zostało przez samego Zamawiającego w sformułowanym przezeń wezwaniu z 07.04.2017 r. Jednocześnie wskazał, że żaden z wykonawców na wcześniejszym etapie postępowania nie kwestionował precyzji w określeniu warunku w drodze środków ochrony prawnej, żaden też nie miał wątpliwości interpretacyjnych w tym zakresie i nie domagał się w tej kwestii wyjaśnień ze strony Zamawiającego. W świetle powyższego, udzielona przez Konsorcjum A. odpowiedź - winna wzbudzić zasadnicze wątpliwości Zamawiającego w kontekście świadomego podania przez tego wykonawcę informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd, która bezspornie miała wpływ na wynik postępowania, bo służyła wykazaniu potwierdzenia spełnienia warunku w celu pozyskania zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że z treści referencji dołączonej do Wykazu robót

wynika, iż w zakres wykazanej w poz. 1 inwestycji wchodziła budowa krytej pływalni wraz z hotelem z 60 miejscami noclegowymi, kawiarnią, barem oraz restauracją. Wartość całej inwestycji wynosi 35.122.433,40 zł brutto. Wskazał, że na stronie internetowej Zamawiającego (Gmina Wielka Nieszawka), podana jest dokładna informacja na temat poszczególnych elementów składowych przedmiotu zamówienia dotyczącego wykazanej inwestycji, z której wynika bezspornie, co następuje: *„Przedmiotem zamówienia jest budowa wraz z rozruchem: 1) pływalni krytej z nieckami ze stali nierdzewnej, z funkcjami towarzyszącymi, dostawa i montaż wyposażenia, 2) hotelu z 60 miejscami noclegowymi, z lokalami usługowymi (kawiarnią, barem), restauracją, salami konferencyjnymi, dostawa i montaż wyposażenia, 3) infrastruktury towarzyszącej: drogi wewnętrzne, parkingi, chodniki, przyłącza wod.-kan. kablowe linie NN i oświetlenie terenu, stacja transformatorowa.”* Jednocześnie podano tu dane techniczne w podziale na część hotelową oraz basen, z których wynika bezspornie, że sam basen stanowi ok. 47,62 % powierzchni całkowitej inwestycji, co przy wyżej podanej wartości całej inwestycji potwierdza, iż niemożliwe jest, by wartość samego basenu, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, była wyższa niż 25 mln zł brutto. Podkreślił, że wykonanie zadania w zakresie basenu w obiekcie Olender w Wielkiej Nieszawce przy zachowaniu należytej staranności wykonawcy oraz z uwzględnieniem cen rynkowych nie pozwoliłoby na wykonanie tej części kompleksu za cenę co najmniej 25 mln PLN.

W zakresie inwestycji ujętej w pozycji 2 Wykazu (Zaprojektowanie i wybudowanie kompleksu sportowo - rekreacyjnego „Termy Maltańskie” w Poznaniu nad Jeziorem Maltańskim) wskazał, że również w tym przypadku Konsorcjum A. nie spełniło wymagań, co do wartości basenu. Zwrócił uwagę, że w Wykazie wykonawca ograniczył się do podania łącznej wartości inwestycji (272.062.639,44 PLN brutto), wskazania łącznej powierzchni lustra wody basenów z niecką ze stali nierdzewnej (649,36m<sup>2</sup>). Nie podał jednak żadnej wartości dotyczącej konkretnego, pojedynczego basenu o określonych parametrach powierzchniowych i w wymaganej technologii wykonania niecki. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że podana wyżej łączna powierzchnia lustra wody basenów z Wykazu dotyczy dwóch basenów zewnętrznych, z których - zgodnie z treścią dołączonego do Wykazu dokumentu referencyjnego - tylko jeden spełnia postawiony przez Zamawiającego wymóg powierzchniowy, bo ma ok. 380 m<sup>2</sup>. Dokument ten nie zawiera jednak informacji, jaka jest wartość wykonania tego basenu, a przez to Zamawiający także w przypadku tej inwestycji nie mógł potwierdzić spełnienia wymaganego warunku. Odwołujący stwierdził, że posiada dowód potwierdzający, że wartość żadnego z basenów z niecką ze stali nierdzewnej na rzeczony inwestycji, w tym basenu o powierzchni ok. 380m<sup>2</sup>, nie, jest wyższa niż 25 mln PLN. W konkluzji stwierdził, że w przypadku wskazanych inwestycji ziszczyła się przesłanka

wykluczenia Konsorcjum A. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

II.a) Zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 16 ustawy Pzp (ewentualnie pkt 17 ustawy)

W ocenie Odwołującego, zarzucane naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wynikało z celowego, a co najmniej będącego następstwem rażącego niedbalstwa wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wykonawcę Konsorcjum A.. Ustalenia te prowadzą do jednoznacznej konkluzji, że złożone przez Konsorcjum oświadczenie, co do doświadczenia wykonawcy w zakresie inwestycji wykazanej w poz. 1 Wykazu robót (Olender) oraz poz. 2 (Termy Maltańskie) było sprzeczne z rzeczywistością. Konsorcjum bowiem- pomimo jednoznacznego wezwania, [z dnia 07.04.2017 r., dokonanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp], w którym Zamawiający wyraźnie podniósł wątpliwość co do spełniania warunku w zakresie wartości pojedynczego basenu na inwestycji w Wielkiej Nieszawce, co również pośrednio potwierdza, iż żadna z pozostałych wykazanych w pierwotnie złożonym Wykazie robót inwestycji - nie potwierdziło wymagań, co do wartości basenu, dalej uporczywie twierdząc, że wykazane obiekty spełniają warunek. Stwierdził, że odpowiedź udzielona w dniu 10.04.2017 r. potwierdza, że Konsorcjum A. jako podmiot ubiegający się o zamówienie publiczne pod rygorami polskich przepisów ustawy Pzp, bezspornie i świadomie dążył do wytworzenia u Zamawiającego przekonania o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, podając zarówno w udzielonych wyjaśnieniach jak i uzupełnionym Wykazie informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, które w konsekwencji miały wpływ na wynik postępowania, bo prowadziły do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Dalej podał, że w odniesieniu do poz. 1 Wykazu, wykonawca nie potwierdził wartości pojedynczego basenu, lecz podał wartość całości inwestycji, obejmującej basen wraz z przynależnym obiektem hotelem jako przenoszącej kwotę 25 mln PLN brutto, co w świetle jasno sformułowanego pytania oraz znanej już z Wykazu wartości całej inwestycji, należy uznać za świadome wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Dalej podał, że wykonawca dokonał samouzupełnienia Wykazu o kolejną inwestycję, podając w pkt 3 odpowiedzi niezgodnie z prawdą: *„Dodatkowo wskazujemy, że wykonanie przez A.G.B. sp. z o. o. sp. k. wykazanych jako wiedza i doświadczenie Term Maltańskich stanowi o spełnieniu obu warunków wymaganych przez Zamawiającego lub każdy z osobna”*. Odwołujący nie zgodził się z tak sformułowaniem poglądem, albowiem jego zdaniem nie ulega wątpliwości, że wartość żadnego z basenów z niecką ze stali nierdzewnej na rzeczony inwestycji, w tym basenu o powierzchni ok. 380m<sup>2</sup>, nie jest wyższa niż 25 mln PLN. Wybrany wykonawca ma

w tym zakresie pełną wiedzą i usiłuje świadomie manipulować zdaniem Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że Konsorcjum A., obawiając się wykluczenia z postępowania w zakresie doświadczenia zawodowego, dokonało uzupełnienia Wykazu robót o kolejną inwestycję, co również wskazuje, że było przekonane o istnieniu podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z tego względu, Konsorcjum A. dokonało samouzupełnienia polegającego na wprowadzeniu do oferty nowego podwykonawcy, a tym samym ujęciu w Wykazie robót - nowej inwestycji, co uczyniło z obawy zaniechania ze strony Zamawiającego wezwania do uzupełnienia w rzeczonym zakresie. Zachowanie tego wykonawcy wypełniło zatem dyspozycję przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, nakazującego wykluczenie wykonawcy, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminujące kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. W odniesieniu do opisanej sytuacji faktycznej odwołał się do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, opartego na uprzednio obowiązującym przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Orzeczenia te znajdują aktualność również w odniesieniu do stanów faktycznych zaistniałych po uchyleniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i zastąpieniu przewidzianej w nim przesłanki wykluczenia wykonawcy, regulacją art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Przykładowo powołał: wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 2809/15, w którym KIO stwierdziła m.in., że: „Zamawiający ma prawo oceny i weryfikowania treści otrzymanych ofert, jest to wręcz jego obowiązek, którego rzetelna realizacja pozwala na przeprowadzenie postępowania w sposób uczciwy i zgodny z zasadami równości wykonawców i uczciwej konkurencji. IV związku z powyższym, nie sposób uznać, by zamawiający miał obowiązek podawania w treści SIWZ, jakie działania będzie podejmował, gdy np. uzna możliwość złożenia przez oferenta nieprawdziwych informacji. (...) Wykonawca odpowiada za stan rzeczy wywołany przez podmioty, które włączył - czy to pośrednio czy bezpośrednio - w proces konstruowania oferty, tym bardziej, że od przedsiębiorców wymaga się podwyższonej staranności w prowadzeniu swoich spraw. Można tu też mówić o swoistej "winie w wyborze" czy braku odpowiedniej staranności (czyli niedbalstwie), czy to w wyborze kontrahenta, czy we wcześniejszym (przed złożeniem własnego oświadczenia) zweryfikowaniu informacji, stanowiących podstawę oświadczeń składanych następnie przez wykonawcę w treści oferty. W powyżej określonym zakresie, to wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko oraz odpowiedzialność i jeżeli w wyniku weryfikacji zamawiającego ujawnione zostanie, że stan rzeczy przedstawiany w treści oferty jest niezgodny ze stanem rzeczywistym, to wykonawca jest podmiotem ponoszącym za to odpowiedzialność i konsekwencje związane z możliwością zastosowania art 24 ust 2 pkt 3 p.z.p". Także wyrok KIO z dnia 26 stycznia 2016 r., sygn. akt: KIO 1/16, w którym KIO stwierdziła m.in., że: „(...)

Celem przepisu art. 24 ust 2 pkt 3 p.z.p. jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymał od osób trzecich. Skoro wykonawca samodzielnie nie jest w stanie spełnić wymagań zamawiającego, aby wziąć udział w postępowaniu i decyduje się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, to oczywistym jest, że musi zweryfikować co zostaje mu oddane do dyspozycji i czy rzeczywiście podmiot udostępniający ma prawo do przekazania określonych zasobów, a tym samym czy informacje zawarte w treści referencji są informacjami prawdziwymi." Skoro zatem obowiązek zachowania należytej staranności przy weryfikacji składanych dokumentów rozciąga się na składane oświadczenia i dokumenty dotyczące podmiotów trzecich, to tym bardziej obowiązek ten powinien dotyczyć oświadczeń i dokumentów własnych wykonawcy. W tym oświadczeń dotyczących własnego zasobu wykonawcy. W świetle powyższego wobec Konsorcjum A. ziściła się przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, a zaniechanie dokonania wykluczenia tego wykonawcy przez Zamawiającego stanowiło naruszenie przywołanego przepisu.

Odwołujący z ostrożności podniósł również, że w przedmiotowym przypadku tym bardziej ziściła się przesłanka wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołanym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z opisanych powyżej okoliczności faktycznych wynika bowiem, iż wybrany wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, które miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu - to jest na decyzję o wykazaniu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji dokonania oceny ofert - wyboru oferty wykonawcy Konsorcjum A. jako najkorzystniejszej.

II.b) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp:  
Niezależnie od argumentacji dotyczącej zaniechania odrzucenia oferty lub wykluczenia wybranego wykonawcy w oparciu o argumentację z pkt I ill.a) uzasadnienia niniejszego odwołania, Odwołujący wskazał, że w przypadku nie uznania zarzutu w zakresie zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp, jak również w przypadku nie uznania zarzutu w zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Konsorcjum A. winno zostać wykluczone na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp w związku z powołaniem się w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu na potencjał podmiotu trzeciego, który *de facto* nie posiada

doświadczenia zawodowego w wymaganym zakresie i nie zdobył go na inwestycji objętej przedstawionym w uzupełnieniu dokumentem referencyjnym. Podkreślił, że doświadczenie ograniczone było wyłącznie do udziału w realizacji w zakresie doradztwa technicznego i nie polegało na wykonywaniu robót budowlanych. Inwestycja wykazana w poz. 4 uzupełnionego Wykazu, stanowi zadanie, za którego realizację jako generalny wykonawca, stosownie do postanowień umowy konsorcjum, odpowiedzialny był sam Odwołujący jako lider konsorcjum. Partnerem tego konsorcjum była również C.. Podał jednocześnie, że rola partnera konsorcjum ograniczona tu była wyłącznie do doradztwa technicznego na rzecz lidera konsorcjum, co bezspornie potwierdza Porozumienie Wykonawcze do umowy konsorcjum z dnia 14.12.2009r. gdzie w §2 ust. 1 („Podział robót”) strony postanowiły: *„1.Partnerzy Konsorcjum dokonują między sobą następującego podziału czynności: a. Wszystkie roboty wchodzące w skład zamówienia wykona Lider Konsorcjum. b. Partner Konsorcjum zobowiązuje się do udzielania na rzecz Lidera Konsorcjum, w ramach prowadzonych przez niego prac, konsultacji technicznych”*.Powyższe, jego zdaniem bezspornie potwierdza, że dokonane przez C. na rzecz Konsorcjum A. udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego ma charakter całkowicie nierealny i nie daje Zamawiającemu rękojmi należytego wykonania zamówienia w roli wykonawcy w zakresie robót budowlanych, których wykonaniem na inwestycji A. w K. zajmował się M.W. SA jako lider Konsorcjum. Mając powyższe na uwadze, doszło tu bezspornie do nadużycia i naruszenia norm wynikających z art. 22 a ust. 2 - 4 w zw. z 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazanie się potencjałem podmiotu trzeciego (P.B.P. C. - K. SA), który to podmiot de facto nie dysponuje zasobem (doświadczeniem) niezbędnym na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Tym samym - w zakresie wymaganego doświadczenia, Konsorcjum A. nie może posłużyć się zdolnościami wykonawczymi Chemobudowy, ponieważ są niewystarczające do realizacji robót budowlanych, do których realizacji te zdolności są wymagane, co zdecydowanie narusza w szczególności przepis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

W świetle powyższego, Zamawiający zdaniem Odwołującego, w przypadku nieuznania zarzutów w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 lub 2 ustawy Pzp lub zaniechania wykluczenia wykonawcy na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp - bezspornie powinien wykluczyć Konsorcjum z postępowania na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 22 a ust. 2-4 ustawy Pzp.

- I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie kierownika robót telekomunikacyjnych

Odwołujący podał, że zgodnie z wymogiem określonym w Rozdz. V pkt 2.3 lit. b) SIWZ, kandydat na kierownika robót telekomunikacyjnych powinien posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej lub równoważne wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Wymóg ten kształtowany był w oparciu o stan prawny obowiązujący na dzień publikacji Ogłoszenia, tj. na dzień 31.01.2017 r. Oznacza to, że ocena wymaganych uprawnień w odniesieniu do osoby mającej potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinna odbywać się w oparciu o przepisy aktualnego na ten dzień rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Rozwoju z dnia 11.09.2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Wskazał, że nomenklatura użyta przez Zamawiającego dla potrzeb opisu warunku w zakresie wymagań dotyczących kierownika robót telekomunikacyjnych nie do końca odpowiada nazewnictwu powołanego rozporządzenia, w tym § 14 ust. 1, który określa uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych bez ograniczeń uprawniając do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym, w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji bezprzewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Skoro zatem intencją Zamawiającego jako organizatora przetargu było postawienie wymogu w pełnym zakresie wymaganych uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności telekomunikacyjnej, nie można interpretować go zawężająco i ograniczać wyłącznie do telekomunikacji przewodowej lub bezprzewodowej. Tymczasem wykazana przez Konsorcjum A. do pełnienia wskazanej funkcji osoba, tj. Pan W.G., posiada uprawnienia budowlane w telekomunikacji do kierowania robotami w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych, a zatem - w ograniczonym zakresie. Uprawnienia te nie obejmują bowiem telekomunikacji bezprzewodowej. Z dołączonej do Wykazu osób decyzja w sprawie nadania panu Grzędzie uprawnień z dnia 16.11.1999 r., która wydana została w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10.10.1995r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym (Dz. U. z 2014 r., poz. 1278), na podstawie wniosku z 23.08.1999 r., wynika nie tylko fakt nieprzyznania tej osobie uprawnień z klauzulą „bez ograniczeń”, lecz również nieposiadania uprawnień w zakresie sieci. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że nie doszło do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie. Zwrócił uwagę, że pełny zakres uprawnień obejmujący zarówno telekomunikację przewodową jak i bezprzewodową, jest uzasadniony przedmiotem zamówienia tego postępowania, co potwierdza chociażby opis projektu wykonawczego instalacji niskoprądowych przedmiotowej inwestycji. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy narusza wskazane przepisy.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1. i 2 ustawy Pzp w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogiem określonym w Rozdz. V pkt 2.2 lit. a) SIWZ, wykonawca miał wykazać się posiadaniem środków finansowych lub zdolnością kredytową w wysokości co najmniej 20 mln PLN. Tymczasem ze złożonego wraz z ofertą dokumentu opinii bankowej wystawionej przez Bank PKO BP SA wynika, że A.G.B. sp. z o.o. sp. komandytowa posiada w wymienionym banku rachunek bieżący wraz z kredytem w złotych, a saldo na wymienionym rachunku na dzień 27.03.2017 r. wyrażało się kwotą 8-cyfrową, co nie musi oznaczać potwierdzenia spełnienia wymogu Zamawiającego. Wskazał, że z treści opinii wynika, że firma ta posiada gwarancję własną w obrocie krajowym i limit kredytowy wielocelowy w PLN, przyznany w kwocie 40 mln PLN, w ramach którego korzysta, ona z kredytu w rachunku bieżącym, gwarancji własnych w obrocie krajowym oraz kredytów obrotowych odnawialnych. Zdaniem Odwołującego, również z tej informacji nie sposób wywieść, jaki jest stopień wykorzystania przyznanej linii kredytowej i czy umożliwia on potwierdzenie spełniania przez ten podmiot warunku w zakresie wymaganej na poziomie co najmniej 20 mln PLN zdolności kredytowej. Jego zdaniem, za absolutnie niemiarodajną w tym zakresie należy uznać informację dotyczącą sytuacji finansowej firmy, z której wynika przyznanie zdolności kredytowej w wysokości 50 mln PLN w oparciu o dokumenty przedstawione na dzień 30.09.2016 r. Z dokumentu wystawionego przez bank wynika zresztą, że informacja ta „nie stanowi zobowiązania do udzielenia finansowania”. Stwierdził, że w świetle nowego rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016, poz. 1126), ważność informacji banku mającej potwierdzać wysokość posiadanych środków lub zdolność kredytową wykonawcy odnosi się jedynie do miesiąca przed upływem terminu składania ofert. Tym samym informacja o zdolności kredytowej w wysokości 50 mln PLN nie jest aktualna. Podniósł, że Zamawiający nie dokonał prawidłowej weryfikacji przedstawionego dokumentu banku mającego potwierdzać zdolność finansową wykonawcy. W tej sytuacji nie można, bowiem, uznać, by doszło do bezspornego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Skoro złożony przez wykonawcę dokument z banku nie potwierdza jednoznacznie posiadania środków lub zdolności kredytowej w wymaganej wysokości.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu

Zdaniem Odwołującego przywołane okoliczności faktyczne prowadzą do konkluzji, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, ewentualnie art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 lub art. 24. ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 22a ust. 2-4 ustawy Pzp (i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp), skutkowało



wadliwym wyborem najkorzystniejszej oferty, bo niezgodnym z przepisami ustawy, a przez to - dokonaniem tego wyboru z naruszeniem art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.G.B. Sp. z o.o., Sp. k., A. Sp. z o.o. z Inowrocławia [Przystępujący], wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej w dniu 9 maja 2017 r. na posiedzeniu wniósł o oddalenie odwołania, wskazując:

W pierwszej kolejności na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania, z uwagi na to, że złożona przez niego oferta przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Na potwierdzenie tej okoliczności złożył w piśmie z dnia 9 maja 2017 r. informację podpisaną przez Burmistrza Błonia oraz Skarbnika Gminy, że na zadanie pn. „Budowa Centrum Sportu w Błonia jako „ Wielofunkcyjnego kompleksu sportowo - rekreacyjnego obejmującego budynek hali sportowo - widowiskowej, budynek krytego basenu wraz z zapleczem techniczno - socjalnym, rekreacyjno-treningowym oraz pozostałą infrastrukturą towarzyszącą" ujęte w Wieloletnim Planie Finansowym oraz w Budżecie Gminy na 2017 r. przeznaczona została kwota 65 mln. Brutto oraz, że: *„Biorąc pod uwagę zobowiązania Gminy oraz rozpoczęte inwestycje nie ma możliwości zwiększenia posiadanych środków na realizację przedmiotowego zadania”*.

W odniesieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów do oferty Konsorcjum A., także wniósł o ich nieuwzględnienie stwierdzając w szczególności:

1. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty z powodu zmiany treści oferty, polegającej na uzupełnieniu referencji w ramach odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego;
  - 1) Zamawiający nie brał pod uwagę dodatkowej referencji, złożonej z ostrożności procesowej, jako że wystarczające dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest doświadczenie własne wykazane przez Przystępującego w ofercie pierwotnej.
  - 2) Zakres zastosowania art. 22 a) ustawy Pzp wskazuje, że dopiero w trakcie postępowaniu - po złożeniu JEDZ i oferty - można przesądzić o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania, albowiem dopiero wtedy ma miejsce weryfikacja wykonawcy na podstawie dokumentów i może mieć zastosowanie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, [procedura odwrócona, procedura samoczyszczenia, wezwanie do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów]. Inne rozumienie - takie jak przedstawione przez Odwołującego niweczyłoby sens nowych przepisów i możliwości sanowania ewentualnie wadliwych ofert lub oświadczeń wykonawców. Wskazał na wyrok KIO w sprawie KIO 189/2017.

2. W zakresie zarzutu niespełniania warunku w zakresie dotyczącym wykonania1 basenu o niecce ze stali nierdzewnej, o powierzchni lustra wody minimum 300 m<sup>2</sup> i wartości minimum 25 mln zł brutto:

1) Konsorcjum A. wykazało spełnienie warunku, albowiem wymagane parametry spełnia realizacja Term Maltańskich w Poznaniu, co wynika z referencji.

2) Wbrew twierdzeniom odwołania, nie żądał aby wykazany w referencji basen posiadał nieckę o wartości 25 mln zł. Według najlepszej wiedzy Zamawiającego żaden basen w Polsce nie posiada lub trudno aby posiadał nieckę o takiej wartości. Wykładnia językowa i funkcjonalna a także rzeczywisty zamiar Zamawiającego dotyczył konieczności wykazania przez wykonawców realizacji budowy basenu o wskazanej wartości. Taki był zarówno rzeczywisty zamiar Zamawiającego jak i wynika to ze wspomnianego zapisu SIWZ. Basen to nie sama niecka, ale niecka lub niecki wraz z przynależną infrastrukturą. Powyższe logicznie wynika również z założeń przetargu.

3) Stwierdził, że referencje wykonawcy A.- który wykonał największy aquapark w Polsce (Termy Maltańskie) - o wartości ponad 270 mln złotych oraz licznych basenach, w tym basenie o niecce nierdzewnej o powierzchni lustra wody znacznie przekraczającą 300 m<sup>2</sup> stanowią wystarczającą rękojmię należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, którego powierzchnia inwestycji basenowej oraz wartość jest istotnie mniejsza.

4) Inne rozumienie postawionego i weryfikowanego warunku udziału w postępowaniu jest błędne, a o ile Odwołujący uważa, że przedmiotowy warunek powinien być inaczej sformułowany i/lub odnosić inny skutek - mógł zaskarżyć go w ramach możliwości podważania treści dokumentacji przetargowej w stosownym terminie, zamiast dokonywania na obecnym etapie postępowania interpretacji jej zapisów.

3. W zakresie zarzutu niespełnienia warunku przez kierownika robót telekomunikacyjnych:

1) Wskazany kierownik robót telekomunikacyjnych [W.G.] posiada uprawnienia w tym zakresie bez ograniczeń, wydane w roku 1999 r.

2) W stosunku do osób, które uprawnienia kierownicze w ramach samodzielnych funkcji w budownictwie uzyskiwali niejednokrotnie w czasie obowiązywania innej infrastruktury i innych niż obecnie przepisów, Zamawiający na str. 6 SIWZ wskazał, że dla osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi dopuszcza się ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie. Przepisy klasyfikujące uprawnienia kierownicze w zakresie telekomunikacji w roku 1999 r. nie obejmowały *expressis verbis* wyrażenia dotyczącego sieci „bezprowodowej” z uwagi na brak takich sieci w tym czasie. Nadto, zgodnie z dyspozycją art. 14 ust. 1 pkt 4) lit a) oraz ust. 3 pkt 3) ustawy Prawo Budowlane - uprawnienia budowlane są udzielane w specjalności telekomunikacyjnej do kierowania robotami budowlanymi w tym zakresie bez ograniczeń (tak jak wymagał Zamawiający w tym postępowaniu) w przypadku - ukończenia

przez daną osobę studiów drugiego lub pierwszego stopnia na kierunku odpowiednim dla danej specjalności oraz odbycia 1,5 rocznej lub 3 letniej praktyki na budowie. Oba warunki bez żadnych wątpliwości spełnia kandydat. Ponadto wskazał, że uprawnienia wydane w latach 90 - tych zachowują swoją aktualność - co wynika z obecnie obowiązujących przepisów i w kontekście których Zamawiający zastrzegł, że dla osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi dopuszcza ważne uprawnienia budowlane odpowiadające wymienionym wydane na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów - jeśli zostały wydane bez ograniczeń i nie zostały cofnięte, uprawnienia te nie są też aktualizowane. Podał też, że wzywał A. do wyjaśnień w zakresie osoby Pana Grędy nie w kontekście posiadanych uprawnień, a w kontekście formy, w jakiej jest zatrudniony u wykonawcy.

4. W zakresie zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

Wykonawca A. nie wprowadził w błąd Zamawiającego co miałoby mieć wpływ na wynik postępowania albowiem spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie doszło zatem nie tylko do wprowadzenia w błąd, nie doszło również do niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zarzut ten - zbudowany na zarzucie dotyczącym niespełnienia warunku udziału w postępowaniu - jest bezzasadny.

5. W zakresie zarzutu niespełnienia warunku posiadania zdolności kredytowej i środków finansowych w wysokości 20 mln złotych:

Z treści przedłożonej Opinii bankowej wynika wprost posiadanie przez spółkę - na dzień 28 marca 2017 r. - zdolności kredytowej do kwoty 50.000.000,00 PLN. Bez jakiegokolwiek znaczenia jest w tym przypadku okoliczność, że dokumenty finansowe spółki, będące w posiadaniu Banku, zostały sporządzone na dzień 30.09.2016 r. Bank dokonując oceny zdolności kredytowej spółki bazował na posiadanej przez niego dokumentacji i była ona w pełni wystarczająca do wydania opinii w tym zakresie. W treści Opinii Bank wyraźnie zaznaczył, że dokonał oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej Konsorcjum, zgodnie z obowiązującymi w Banku przepisami. Zatem opinia Banku o posiadaniu przez A. zdolności kredytowej do kwoty 50.000.000,00 zł dotyczy stanu na dzień 28 marca 2017 r., a nie na 30.09.2016 r. Trudno uznać, że Odwołujący lepiej zna bankowe procedury, które są z zasady rygorystyczne i mało elastyczne. Skoro Bank potwierdził, na podstawie posiadanych danych i dokumentów, że Przystępujący posiada zdolność kredytową, trudno w jakikolwiek sposób uznać, że taka opinia jest nieważna. Z punktu widzenia przepisów powołanego przez Odwołującego rozporządzenia MR w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzieleniu zamówienia - Zamawiający winien zweryfikować czy oświadczenie wydane przez bank w tym zakresie jest nie starsze niż 1 miesiąc licząc od terminu składania ofert lub wniosków. Data wydania przedmiotowej opinii

(28 marca 2017 r.) jest prawidłowa w stosunku do terminu składania ofert (29 marca 2017 r.), a zatem zarzut w tym zakresie jest bezprzedmiotowy.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu, albowiem podnoszone w odwołaniu zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Izba, w pierwszej kolejności nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego, co do braku interesu wykonawcy M.W. S.A. [Odwołującego] do wniesienia przedmiotowego odwołania. W tym przypadku Zamawiający wskazując na brak interesu wykonawcy podniósł, że cena oferty złożonej przez Odwołującego przekracza kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia. Na potwierdzenie tej okoliczności złożył na rozprawie w piśmie z dnia 9 maja 2017 r. stosowną informację podpisaną przez Burmistrza Błonia oraz Skarbnika Gminy, w którym stwierdzono, że na zadanie pn. „Budowa Centrum Sportu w Błonia jako „Wielofunkcyjnego kompleksu sportowo - rekreacyjnego obejmującego budynek hali sportowo - widowiskowej, budynek krytego basenu wraz z zapleczem techniczno - socjalnym, rekreacyjno-treningowym oraz pozostałą infrastrukturą towarzyszącą” ujęte w Wieloletnim Planie Finansowym oraz w Budżecie Gminy na 2017 r. przeznaczona została kwota 65 mln brutto oraz, że: *„Biorąc pod uwagę zobowiązania Gminy oraz rozpoczęte inwestycje nie ma możliwości zwiększenia posiadanych środków na realizację przedmiotowego zadania”*.

Zdaniem Izby, Odwołującymi interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia przedmiotowego odwołania byłoby unieważnienie postępowania.

Przed wszystkim Mostostal S.A. miał interes w uzyskaniu zamówienia na datę składania odwołania, a także mógł ponieść szkodę w związku ze wskazywanymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, co świadczy, że przesłanka materialnoprawna wymagana art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesionego odwołania została spełniona. Izba zwraca uwagę, że w myśl wskazanego art. 179 ust.1 ustawy Pzp interes w uzyskaniu zamówienia dotyczy daty wniesienia odwołania, zatem dalsze hipotetyczne czynności zamawiającego, nawet przykładowo, jak w okolicznościach

podnoszonych w tej sprawie, prowadzące do unieważnienia postępowania, w przypadku ustalenia, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a której to kwoty zamawiający nie może zwiększyć (art. 93 ust.1 pkt 4 Pzp), nie pozbawiają wykonawcy środków ochrony prawnej. Czynnością kwestionowaną w odwołaniu jest wybór najkorzystniejszej oferty z tego powodu, że powinna być ona – zdaniem Odwołującego - odrzucona przez Zamawiającego, a wykonawca, który tę ofertę złożył podlegać powinien wykluczeniu. W tej sytuacji oddalenie odwołania nastąpiłoby nie z powodów oceny wyrażonej do kwestionowanej czynności, ale ze względu na hipotetyczną czynność [unieważnienia postępowania], którą może podjąć Zamawiający. Oddalenie odwołania z uwagi na hipotetyczne unieważnienie postępowania w przyszłości na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, którego Zamawiający miałby dokonać w sytuacji uwzględnienia odwołania i wyboru oferty Odwołującego, nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp.

Rozpoznając zarzuty dotyczące braku potwierdzenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.G.B. Sp. z o.o., Sp. k., A. Sp. z o.o. z Inowrocławia [Konsorcjum A.] spełniania warunku SIWZz Rozdziału V pkt2.3.lit.a) tiret pierwsze Izba uznała, że zarzuty te nie są zasadne.

Zgodnie ze wskazanym spornym postanowieniem specyfikacji, Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się, że *„wykonał w okresie ostatnich sześciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:- 1 basen o niecce ze stali nierdzewnej o powierzchni lustra wody min. 300m<sup>2</sup> i wartości min. 25 mln PLN brutto (...)”*.

Konsorcjum A. w ofercie w zakresie tego wymagania w Wykazie robót budowlanych [zał. 6 do SIWZ] - w odpowiedzi na wezwanie z dnia 4 kwietnia 2017 r. - wskazało dwie inwestycje. W pozycji 1: Budowa Centrum Sportu i Rekreacji „Olender” w Wielkiej Nieszawce (Olender) i w pozycji 2: Zaprojektowanie i wybudowanie kompleksu sportowo-rekreacyjnego „Termy Maltańskie” w Poznaniu nad Jeziorem Maltańskim (Termy Maltańskie). Dla tych pozycji – zgodnie z uwagą zamieszczoną pod tabelą załącznika nr 6 - w kolumnie „Rodzaj i zakres zamówienia (wykonane prace odpowiadające wymogom siwz)” zawarto szczegółowe charakterystyki obiektów m.in. wskazano na baseny z niecką ze stali nierdzewnej i powierzchnię niecki, a w kolumnie trzeciej - zgodnie z wymaganiami – „Całkowitą wartość zadania brutto”. Do Wykazu załączono listy referencyjne. Zamawiający w piśmie z dnia 7 kwietnia 2017 r. wezwał wykonawcę o określenie kwoty wartości robót dotyczących basenów, ale tylko w odniesieniu do pierwszej z pozycji [Olender] podnosząc, że w tabeli

podano wartość odnoszącą się do całego zadania. Izba zwraca uwagę, że to wezwanie nie dotyczyło drugiej pozycji Wykazu odnoszącej się do Term Maltańskich. W odpowiedzi Konsorcjum w piśmie z dnia 10.04.2017 r. podało (pkt 1) wartość brutto „*basenu wraz z przynależnym kompleksem hotelowym*”: „ponad 25 mln zł” oraz dodatkowo (w pkt 2) rozszerzyło ten Wykaz – jak zaznaczono z ostrożności procesowej - o trzecie zadanie: „*Rozbudowa basebalowego kompleksu turystyczno-rekreacyjnego sportowego w K. - budowa A.u ( „A. w K.”)* podając wymagane parametry, co do powierzchni i wartości w części basenowej. Wykonawca ponadto w tym piśmie – ponad wezwanie z 7.04.17 r. – wskazał na Termy Maltańskie wymienione w pozycji 2 Wykazu, informując w punkcie 3 pisma, że ta inwestycja potwierdza także ten warunek, a w punkcie 5 pisma wskazał dla tej pozycji m.in. na wartość części basenowej i wymaganą powierzchnię lustra wody dla niecki ze stali nierdzewnej [min. 300 m<sup>2</sup>]. W odniesieniu do tej inwestycji w punkcie 3 również podano, że spełnia ona wymagania także, co do drugiego z warunków wymaganych lub każdego z osobna. Drugi warunek, do którego nawiązał wykonawca, wynikał także z rozdziału V pkt2.3.lit.a) tiret drugie SIWZ i dotyczył: „*1 hali sportowej, sportowo – widowiskowej lub widowiskowej o kubaturze 15.000m<sup>3</sup> i wartości min. 10 mln PLN brutto*”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podał i w toku rozprawy przed KIO potwierdził, że w zakresie spornego warunku ocena wymaganych parametrów odnosiła się do wykazanych w pozycji 2 Wykazu - Term Maltańskich w Poznaniu. To oznacza, że pozostałe inwestycje, wskazane były w zakresie warunku SIWZ z rozdziału V pkt2.3.lit.a) tiret pierwsze dodatkowo itym samym dla rozstrzygnięcia, w tej sprawie - z uwagi na brak ich oceny przez Zamawiającego - stały się one bez przedmiotowe.

To oznacza, że podnoszony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, w związku z pozycją 4 uzupełnionego Wykazu robót należało oddalić. W tym przypadku, nie doszło bowiem do wskazywanej przez Odwołującego zmiany treści oferty w zakresie podwykonawców, z których potencjału na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu korzystałoby Konsorcjum na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp. Podobnie oddaleniu i z podobnego powodu podlegał zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 (lub pkt 17) ustawy Pzp, także, dotyczący pozycji 1 Wykazu, albowiem ta pozycja nie stanowiła również podstawy do ustalenia potwierdzenia warunku z rozdziału V. 2.3.lit.a) tiret pierwszy SIWZ.

Odnosząc się z kolei do referencyjnego obiektu Termy Maltańskie - poddanego ocenie w ramach warunku z rozdziału V. 2.3.lit.a) tiret pierwszy - Izba uznała, że ten obiekt spełnia wymagane parametry. Przede wszystkim Izba zgodziła się ze stroną zamawiającą (Zamawiający i Przystępujący), że sporny warunek w zakresie wartości min. 25 mln zł nie

może być odnoszony wyłącznie do wartości basenu rozumianego jako sztuczny zbiornik wypełniony wodą, ale do basenu rozumianego jako obiekt sportowo-rekreacyjny, obejmujący także inne elementy i instalacje stanowiące część zrealizowanej inwestycji, niezbędne do korzystania z niej w sposób zamierzony przez odbiorcę. Po pierwsze, specyfikacja nie definiowała pojęcia „basenu”, także brak jest jego legalnej definicji. Po drugie, przedmiot zamówienia w tym postępowaniu obejmuje wybudowanie wielofunkcyjnego kompleksu sportowo-rekreacyjnego obejmującego, oprócz budynku hali sportowo-widowskiej, także - jak podano w opisie zamówienia – (...) *budynek krytego basenu wraz z zapleczem techniczno-socjalnym, rekreacyjno-treningowym oraz pozostała infrastruktura towarzysząca* (...) (przykładowo: szatnie, sauny, siłownię, salę fitness, salę sportową i inne). Tym samym, wykładnia warunku, prowadząca do weryfikowania doświadczenia wykonawcy w budowie tylko jednego z elementów - wybudowania basenu w wąskim znaczeniu tego słowa [zbiornika wypełnionego wodą], pozostawałaby w sprzeczności z istotą warunku udziału w postępowaniu, i w konsekwencji z przepisami ustawy Pzp, w tym art. 22 ust. 1a Pzp, zgodnie z którym: *„Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności”*. To z kolei prowadziłoby do niezasadnego ograniczenia w tym postępowaniu konkurencji. Izba również zgodziła się z Przystępującym, jak podał w piśmie procesowym z dnia 9.05. 2017 r. i podtrzymał na rozprawie, że interpretacja Odwołującego prowadziłaby do nałożenia na wykonawcę obowiązku wykazania się doświadczeniem w budowie basenu rozumianego jako zwykły zbiornik wodny ze stali nierdzewnej o wartości ponad 83.000 PLN za m<sup>2</sup>, co z kolei pozostawałaby w sprzeczności z realnymi cenami rynkowymi. Powyższe stanowi dodatkowy argument o braku możliwości zawężania pojęcia „basen” i jego wartości do samego zbiornika z wodą z jedną niecką basenową. W stanie faktycznym sprawy zawężająca wykładnia pojęcia „basen” do samego zbiornika z wodą prowadziłaby do nieuzasadnionej mniej korzystnej interpretacji dla wykonawców, podczas gdy w ujęciu, nawet potocznym basen jest rozumiany przede wszystkim jako pływalnia. Izba zwraca uwagę, że przykładowo ustawa z dnia 18 sierpnia 2011 r. o bezpieczeństwie osób przebywających na obszarach wodnych (Dz. U z 2016 r. poz. 656 ze zm.) w art. 2 pkt 1 definiując pojęcie „obszar wodny” wskazuje na pływalnię lub inny obiekt dysponujący „nieckami basenowymi”, a w pkt 8 definiuje pojęcie „pływalnia” jako „obiekt kryty lub odkryty, z wodą przepływową, przeznaczony do pływania lub kąpieli, posiadający co najmniej jedną nieckę basenową, z trwałym brzegiem i dnem, wyposażony w urządzenia sanitarne, szatnie i natryski”. Stąd też, rozumienie basenu - w przypadku warunku SIWZ z rozdziału V. 2.3.lit.a) tiret pierwszy - jako obiektu sportowo-rekreacyjnego wraz z elementami towarzyszącymi, przykładowo pływalni, jest uzasadnione.

To oznacza, że podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 (ewentualnie pkt 17) nie są zasadne, albowiem w odniesieniu do tej inwestycji ujętej w pierwotnie złożonym Wykazie robót nie mamy do czynienia z podaniem przez Konsorcjum informacji wprowadzającej Zamawiającego w błąd, czy też informacji nieprawdziwej.

Także za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, oparty na twierdzeniu niewykazania przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu o którym mowa w SIWZ w rozdz. V pkt. 2.3. pkt b) odnośnie dysponowania kierownikiem robót telekomunikacyjnych.

Zgodnie z tym warunkiem Zamawiający wymagał, aby kierownik robót telekomunikacyjnych posiadał, m. in. uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej lub równoważne wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów. Na potwierdzenie tego warunku Konsorcjum wskazało kandydata [p.W.G.], a na dowód wymaganych uprawnień przedłożyło decyzję nr 1789/99/U Głównego Inspektora Państwowej Inspekcji Telekomunikacyjnej i Pocztovej. Ta decyzja potwierdza, że kandydat uzyskał „uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych”. Zakres uprawnień był wyjaśniany przez Łódzką Okręgową Izbę Inżynierów Budownictwa [OIIB], która w piśmie z dnia 26.09. 2012 r. podała, że decyzja ta przyznała uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w odniesieniu do telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń. Także Okręgowa Izba w kolejnym piśmie z dnia 9.04. 2015 r. podała, że brak literalnego wskazania w decyzji, iż uprawnienia dotyczą również sieci telekomunikacyjnych pozostaje bez znaczenia, bowiem funkcjonalne rozumienie infrastruktury telekomunikacyjnej, w szczególności, że linie kablowe tworzą sieć, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że zostały przyznane uprawnienia do prac w zakresie linii, instalacji i urządzeń liniowych oraz (tworzących je) sieci. Stanowisko wyrażone przez właściwą Izbę Inżynierów Budownictwa należy uznać za dowód w sprawie, tym bardziej, że Odwołujący nie przedstawił - oprócz interpretacji własnej - dowodu przeciwnego na potwierdzenie, że osoba wskazana na stanowisko kierownika robót telekomunikacyjnych nie posiada stosownych, wymaganych specyfikacją w pełnym zakresie uprawnień. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że w specyfikacji Zamawiający w zakresie kandydata do pełnienia tej funkcji sporne wymaganie odniósł do



równoważnych uprawnień [rozdz. V pkt. 2.3. pkt b) tiret 1] oraz [str. 6 SIWZ pod opisem wymagań] m.in. wskazał, że dla osób odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi dopuszcza się ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Za niesłuszny Izba uznała także zarzut braku potwierdzenia przez Konsorcjum A. spełnienia warunku udziału wskazany w SIWZ w rozdziale V pkt.2.2 lit. a), dotyczący posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości min. 20 mln zł.

W celu wykazania spełnienia tego warunku Zamawiający wymagał przedstawienia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert - co najmniej w minimalnej wymaganej wysokości. Konsorcjum przedstawiło opinię bankową wystawioną, w dniu 28 marca 2017 r. przez Bank Polski S.A., a zatem przed upływem terminu składania ofert [na 1 dzień], który podał, że spółka A.G.B. sp. z o.o. „posiada zdolność kredytową do kwoty 50.000.000 zł”. Zatem z jej treści niewątpliwie wynika, że opinia ta jest aktualna na moment jej wystawienia. Tym samym, Konsorcjum A. potwierdziło wymagany warunek SIWZ z rozdziału V pkt.2.2 lit. a), co do zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy - posiadania zdolności kredytowej na kwotę przewyższającą kwotę wymaganą. Jak podała strona zamawiająca, bez znaczenia dla sprawy pozostaje okoliczność, że wystawiając opinię Bank czynił to w oparciu o posiadane przez niego dokumenty finansowe spółki sporządzone na dzień 30 września 2016 r. Jak wynika z tej opinii, Bank wydając ją dokonał „oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej Firmy”, zgodnie z obowiązującymi przepisami i procedurami, a okoliczność posiłkowania się dokumentami starszymi niż dzień wydania opinii nie wpływa na możliwość kwestionowania rzetelności oceny przez bank aktualnej sytuacji finansowej danego podmiotu. Z kolei wzmianka zamieszczona w tej opinii, że „niniejsza informacja nie stanowi zobowiązania do udzielenia finansowania” nie ma żadnego znaczenia w sprawie. Tego rodzaju wzmianki standardowo umieszczane są na bankowych dokumentach tego rodzaju. Ponadto sporny warunek nie dotyczy przedstawienia zobowiązania do udzielenia kredytu, a jedynie standardowej informacji o posiadanej zdolności kredytowej tak jak wynika to z przepisu wykonawczego do ustawy Pzp.

W konkluzji Izba stwierdza, że zgodnie z ustaleniami w sprawie w zakresie podniesionych w odwołaniu zarzutów należało uznać, że Zamawiający, dokonując wyboru

oferty Konsorcjum A., jako najkorzystniejszej, nie naruszył wskazanego w odwołaniu art. 7 ust.3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz z uwzględnieniem przepisów 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 ze zm.).

.....

.....

.....