

Sygn. akt: KIO 550/20
Sygn. akt: KIO 597/20

WYROK
z dnia 23 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 16 marca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku - sygn. akt KIO 550/20;
- B. w dniu 19 marca 2020 r. przez wykonawcę Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach - sygn. akt KIO 597/20;

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi

przy udziale:

wykonawcy PAGMA-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawach o sygn. akt KIO 550/20 oraz KIO 597/20;

orzeka:

I. w sprawie o sygnaturze akt: KIO 550/20:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża odwołującego VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od odwołującego VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

Spółka komandytowa z siedzibą w Łasku i VIK-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasku na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw PAGMA-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez przystępującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

II. w sprawie o sygn. akt: KIO 597/20:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od odwołującego Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach na rzecz wykonawcy wnoszącego sprzeciw PAGMA-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez przystępującego z tytułu, wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.3. zasądza od odwołującego Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Regułach na rzecz zamawiającego Instytut „Centrum Zdrowia Matki Polki” z siedzibą w Łodzi kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu, wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 550/20
Sygn. akt: KIO 597/20

Uzasadnienie

Zamawiający – Instytut Centrum Zdrowia Matki Polki w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego **w trybie przetargu nieograniczonego, przedmiotem którego są Roboty budowlane mające na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A” w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w związku z realizacją projektu pn. „Modernizacja i doposażenie Kliniki Położnictwa, Perinatologii i Ginekologii — Bloku Porodowego w Instytucie „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi”** nr postępowania **ZP/113/2019**.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2019 roku pod nr 2019/S 192-465450. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

Sygnatura akt: KIO 550/20

W dniu 16 marca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum VIK-BUD Sp. z o.o. Sp. K. oraz VIK-BUD Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący VIK- BUD) wobec następujących czynności Zamawiającego w postępowaniu dokonanych z naruszeniem przepisów prawa zamówień publicznych:

1. Zamawiający bezpodstawnie uznał, że wykonawca PAGMA-BUD spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wykluczenia wykonawcy PAGMA-BUD z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
3. Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy PAGMA-BUD jako najkorzystniejszej.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego, Odwołujący VIK-BUD zarzucił naruszenie dyspozycji art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22a ust. 3 w związku z art. 22a ust. 2 i ust. 4, art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz art. 91 ust. 1, w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Wobec powyższego Odwołujący VIK- BUD wniósł o wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:

- dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- dokonanie wykluczenia wykonawcy PAGMA-BUD z postępowania o udzielenie zamówienia;
- dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z wyłączeniem oferty PAGMA-BUD.

Odwołujący VIK-BUD wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Bezprawne działania Zamawiającego zamknęły Odwołującemu możliwość ubiegania się o zamówienie. Odwołujący złożył ofertę, która zgodnie z kryterium oceny ofert zajęła drugą lokatę. Gdyby Zamawiający dokonał czynności względem wykonawcy PAGMA-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, to oferta Odwołującego została by ostatecznie sklasyfikowana na pierwszym miejscu i Odwołujący mógłby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący został narażony na szkodę w postaci poniesienia kosztów przygotowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Odwołujący jest zatem uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, co czyni zadość wymogom określonym w art. 179 ust. 1 Ustawy.

W uzasadnieniu, Odwołujący VIK-BUD wskazał, że istotnym dla sprawy i dla oceny zarzutów niniejszego odwołania jest fakt, że niniejsze odwołanie wnoszone jest po wydaniu w ramach przedmiotowego postępowania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20 z dnia 7 lutego 2020 r. Zarzuty odwołania dotyczą niewłaściwej oceny przez Zamawiającego dokumentów uzupełnionych przez PAGMA-BUD na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2020 r., dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Wezwanie to było następstwem wyżej wskazanego wyroku KIO.

dowód:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20 z dnia 7 lutego 2020 r.

Kwestia niewykazania przez PAGMA-BUD spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia.

W przywołanym wyżej w wyroku KIO, Izba stwierdziła, że wobec nieposiadania przez PAGMA-BUD własnego doświadczenia, co wynikało z przedłożonego Zamawiającemu

Wykazu robót, w którym wskazano wyłącznie jedną robotę, i to robotę wykonaną przez podmiot trzeci — ZAB-BUD A. Z., wykonawca PAGMA-BUD zobowiązany był do przedstawienia Zamawiającemu zobowiązania tego podmiotu, z którego winno wynikać rzeczywiste dysponowanie zasobem tego podmiotu w zakresie wymaganym postanowieniami SIWZ, niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia. Zdaniem Izby, załączone do oferty PAGMA-BUD zobowiązanie podmiotu ZAB-BUD nie potwierdzało oddania do dyspozycji PAGMA-BUD doświadczenia tego podmiotu w zakresie wystarczającym do wykonania zamówienia.

Wyrokiem KIO Zamawiający został zobowiązany do wezwania PAGMA-BUD, w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w 10 pkt 2a SIWZ, który dotyczy warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Zamawiający pismem dnia 25 lutego 2020 r. wezwał PAGMA-BUD do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, między innymi warunku, o którym mowa w 10 pkt 2a SIWZ, czyli warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej w postaci doświadczenia nabytego przy wykonywaniu co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych brutto co najmniej 4 000 000,00 PLN.

Za pismem z dnia 5 marca 2020 r. PAGMA-BUD uzupełnił żądane przez Zamawiającego dokumenty, między innymi zobowiązanie ZAB-BUD do oddania do dyspozycji PAGMA-BUD swojego doświadczenia, które to zobowiązanie wraz z Wykazem robót i listem referencyjnym miało potwierdzać spełnienie przez PAGMA-BUD warunku, o którym mowa w 10 pkt 2a SIWZ. Po zapoznaniu się z tymi dokumentami należy stwierdzić, że Wykaz robót, uzupełnione zobowiązanie ZAB-BUD oraz list referencyjny nadal nie potwierdzają spełnienia przez PAGMA-BUD warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej w zakresie doświadczenia określonego w 10 pkt 2a SIWZ.

W uzupełnionym przez PAGMA-BUD zobowiązaniu podmiotu ZAB-BUD, jako sposób wykorzystania udostępnionego zasobu wskazano: „Udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca”. Tak opisany sposób wykorzystania doświadczenia podmiotu ZAB-BUD w realizacji zamówienia stanowi o ograniczonym sposobie wykorzystania udostępnianego zasobu. W istniejącym stanie faktycznym niewystarczającym jest udział podmiotu ZAB-BUD w realizacji zamówienia jako podwykonawca, konieczna jest realizacja zamówienia przez podmiot ZAB-BUD jako podwykonawca, a to dlatego, że tylko ten podmiot posiada doświadczenie określone postanowieniem 10 pkt 2a SIWZ.

KIO w przywołanym wyżej wyroku wyraźnie wskazała, że wobec braku po stronie PAGMA-BUD własnego doświadczenia i poleganiu wyłącznie na doświadczeniu podmiotu ZAB-BUD,

niewystarczającym jest udział podmiotu ZAB-BUD w realizacji zamówienia. Konieczna jest realizacja przez ten podmiot robót budowlanych w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 10 pkt 2a SIWZ. Izba podkreśliła, że pojęcie "udział w realizacji zamówienia" jest pojęciem węższym od pojęcia „realizacji zamówienia”, o którym mowa w art. 22a ust. 4 Ustawy.

W uzupełnionym zobowiązaniu określono także zakres udziału podmiotu ZAB-BUD przy wykonaniu zamówienia. Zakres ten określono następująco:

- wykonanie robót budowlanych mających na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A ” zgodnie z przedmiotem ww. zamówienia, w szczególności wykonanie projektu wykonawczego na podstawie projektu budowlanego oraz zmian aranżacyjnych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, wykonanie przebudowy instalacji wentylacji mechanicznej, wykonanie instalacji gazów medycznych wraz z montażem paneli gazowych oraz wykonanie robót budowlanych wykończeniowych w tym, w szczególności montaż ścian GK i sufitów podwieszanych,
- świadczenie konsultacji i doradztwa w pozostałym zakresie.

W zobowiązaniu podmiot ZAB-BUD podzielił zakres swojego udziału przy wykonywaniu zamówienia na dwie kategorie: pierwsza — wykonanie części robót objętych zamówieniem jako podwykonawca, druga — świadczenie konsultacji i doradztwa w zakresie robót, do których wykonania podmiot ZAB-BUD nie zobowiązał się.

Wskazany w zobowiązaniu zakres udziału podmiotu ZAB-BUD przy wykonaniu zamówienia nie obejmuje wykonania wielu elementów zamówienia. Dwukrotne użycie w zobowiązaniu zwrotu „w szczególności” potwierdza, że nie wszystkie roboty wchodzące w zakres zamówienia wykona ZAB-BUD. Fakt zobowiązania się do wykonania tylko części robót objętych zamówieniem potwierdza również zobowiązanie się przez podmiot ZAB-BUD do świadczenia konsultacji i doradztwa w pozostałym zakresie, czyli w zakresie niewykonanym jako podwykonawca.

Tym pozostałym zakresem, czyli robotami wchodzącymi w skład zamówienia, do których wykonania podmiot ZAB-BUD nie zobowiązał się, są prawie wszystkie roboty wymienione w pkt II.b programu funkcjonalno-użytkowego (PFU), między innymi są to:

- wykonanie projektu budowlanego,
- prace rozbiórkowe,
- wykonanie instalacji c.o., wodnej i sanitarnej, elektrycznej, klimatyzacyjnej, teletechnicznej, montaż stolarki okiennej i drzwiowej,
- zabudowy meblowej stałej.

W sprawie nie występują wątpliwości, że wykonanie projektu budowlanego wchodzi w zakres prac do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia. Potwierdzają to odpowiedzi Zamawiającego na pytania zadawane przez Są to odpowiedzi z serii pierwszej pytań z dnia 18 listopada 2019 r. o nr: 63, 66, 71, 82, 83, 84, 85, 88, 89, 94, 137, 153, 170, 171, 195, 196, 208, 246.

Szczegółne potwierdzenie obowiązku wykonania projektu budowlanego zawarte jest w odpowiedziach na pytania: 83, 153, 195, 246, w których czytamy: „Załączone do dokumentacji przetargowej dokumenty: Projekt budowlany, pozwolenie na budowę, stanowią elementy pomocnicze przy dokonaniu rzetelnej wyceny oferty. Wykonawca, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza zobowiązany będzie wykonać kompletną dokumentację projektową obejmującą projekt budowlany i wykonawczy, i na jej podstawie uzyskać stosowne zgody lub pozwolenia oraz w sposób należyty wykonać inwestycję.

Zaś w odpowiedzi na pytanie 94 czytamy: „Zamawiający informuje, iż oczekuje 4 egzemplarzy Projektu budowlanego oraz 5 egzemplarzy projektów wykonawczych”.

Zgodnie z art. 22a ust. 4 Ustawy, wykonawca może polegać na doświadczeniu innych podmiotów, jeśli podmioty te realizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których określone w SIWZ doświadczenie jest wymagane. Do zrealizowania przedmiotowego zamówienia wymagane jest posiadanie doświadczenia nabytego przy wykonywaniu co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych brutto co najmniej 4 000 000,00 PLN. Zatem skoro, wymagane doświadczenie posiada wyłącznie podmiot „ZAB-BUD” A. Z., to całe przedmiotowe zamówienie winien wykonać ten podmiot, co jednak nie wynika z uzupełnionego zobowiązania. Z uzupełnionego zobowiązania wynika, że podmiot ten zobowiązał się do wykonania tylko części robót objętych zamówieniem.

Wobec takiego stanu rzeczy, Wykonawca PAGMA-BUD nie może polegać na doświadczeniu podmiotu „ZAB-BUD” A. Z., bowiem podmiot ten nie oddał do dyspozycji PAGMA-BUD doświadczenia w zakresie wystarczającym do wykonania zamówienia. Gdyby wybór przez Zamawiającego oferty PAGMA-BUD uznać za wiążący, to powstałaby sytuacja, w której nie posiadający własnego doświadczenia PAGMA-BUD wykona część zamówienia, do której wykonania nie zobowiązał się ZAB-BUD. Wykonywanie zamówienia bez posiadania wymaganego postanowieniami SIWZ doświadczenia jest niedopuszczalne.

Następną wadą uzupełnionego zobowiązania podmiotu ZAB-BUD jest nieaktualność tego dokumentu.

Zamawiający pismem z dnia 25 lutego 2020 r. wezwał PAGMA-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu aktualnych na dzień złożenia dokumentów. Dniem złożenia zobowiązania innego podmiotu jest dzień składania ofert, zobowiązanie należy złożyć wraz z ofertą. W związku z tym, zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów winno być aktualne właśnie na dzień składania ofert. Taką samą aktualność winno mieć również zobowiązanie uzupełnione na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Uzupełnione przez PAGMA-BUD zobowiązanie podmiotu ZAB-BUD winno być aktualne na dzień 29 listopada 2019 r., a nie jest.

Powyższą argumentację potwierdzają wyroki KIO, między innymi wyrok o sygnaturze akt KIO 1941/19 z dnia 16 października 2019 r., w którym Izba stwierdziła: „Artykuł 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych nie precyzuje, na jaki moment powinny być aktualne uzupełnione dokumenty. Nie ulega jednak wątpliwości, że treść uzupełnionych oświadczeń powinna wskazywać na spełnianie przez wykonawcę (samodzielnie bądź przy udziale podmiotu trzeciego) warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia zgodnie z regułą wyrażoną w art. 25a ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych. W odniesieniu zatem do jednolitego dokumentu, oświadczeń „zwykłych”, a także zobowiązań podmiotów trzecich (art. 22a Prawa zamówień publicznych), na etapie wstępnego badania potencjału wykonawcy, art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych znajdzie zastosowanie w ten sposób, że złożone w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia lub zobowiązania powinny być aktualne na dzień składania ofert lub wniosków. Oznacza to, że okoliczności zawarte w uzupełnianych oświadczeniach lub zobowiązaniach muszą potwierdzać informacje w nich zawarte najpóźniej na dzień składania ofert lub wniosków.

Uzupełnione zobowiązanie podmiotu ZAB-BUD zostało podpisane przez p. A. Z. w dniu 5 marca 2020 r. Z treści uzupełnionego zobowiązania nie wynika inna aktualność dokumentu niż dzień jego podpisania. Z treści uzupełnionego zobowiązania nie wynika, że skutki zawartego w nim oświadczenia o zakresie przyjętych na siebie przez podmiot ZAB-BUD obowiązków rozciągają się na okres od dnia składania ofert. W treści uzupełnionego zobowiązania nie zawarto odniesienia czasowego, z którego wynikałoby, że zakres oddanego do dyspozycji doświadczenia, opisanego w uzupełnionym zobowiązaniu, był znany wykonawcy PAGMA-BUD w dniu składania ofert.

Niewątpliwie zobowiązanie to jest aktualne na dzień składania podpisu przez p. Z. i także na dzień uzupełnienia tego dokumentu Zamawiającemu. Ale na pewno nie jest aktualne na dzień składania ofert. Nieaktualne zobowiązanie podmiotu ZAB-BUD nie może potwierdzać spełnienia przez wykonawcę PAGMA-BUD warunku udziału w postępowaniu określonego w 10 pkt 2a SIWZ. PAGMA-BUD nie wykazał, że będzie dysponował doświadczeniem podmiotu ZABBUD także z innego powodu. PAGMA-BUD

nie załączył do uzupełnionego zobowiązania dokumentu, z którego wynikałoby uprawnienie p. A. Z. do reprezentacji podmiotu ZAB-BUD A. Z., czyli uprawnienie do zaciągania zobowiązań. Właściwym dokumentem byłby odpis z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG) dotyczący podmiotu ZAB-BUD A. Z. . Zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest oświadczeniem woli podmiotu gospodarczego, które może być złożone tylko przez osoby uprawnione do reprezentacji tego podmiotu.

Zgodnie z przepisami Ustawy, wykonawca PAGMA-BUD był zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobem podmiotu ZAB-BUD. Samo uprawdopodobnienie jest niewystarczające, a Zamawiający nie może poszukiwać dowodów na potwierdzenie, że wykonawca PAGMA-BUD spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dowody winny być Zamawiającemu przedstawione przez tego wykonawcę. dowód:

- wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturze akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO141/20 z dnia 7 lutego 2020 r.
- uzupełnione zobowiązanie podmiotu „ZAB-BUD” A. Z.,
- Wykaz robót złożony przez wykonawcę PAGMA-BUD,
- SIWZ, PFU,
- odpowiedzi na pytania serii pierwszej z dnia 18 listopada 2019 r.

Zamawiający, uznając, że wykonawca PAGMA-BUD spełnia warunki udziału w postępowaniu i może ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2 Ustawy, bowiem wykonawca PAGMA-BUD nie wykazał, że spełnia warunek posiadania zdolności technicznej w zakresie określonym w 10 pkt 2a SIWZ.

Zgodnie z art. 22a ust. 3 Ustawy, do obowiązków Zamawiającego należała ocena, czy oddane do dyspozycji wykonawcy PAGMA-BUD przez podmiot „ZAB-BUD” A. Z. doświadczenie pozwala na wykazanie przez tego wykonawcę spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w 10 pkt 2a SIWZ. Zamawiający ocenił niewłaściwie udostępnione doświadczenie podmiotu ZAB-BUD, zatem nie sprostął obowiązkowi i naruszył art. 22a ust. 3 w związku z art. 22a ust. 2 i ust. 4.

W sytuacji, gdy wykonawca PAGMA-BUD nie udowodnił, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnym doświadczeniem podmiotu „ZAB-BUD” A. Z., Zamawiający winien wykluczyć PAGMA-BUD z postępowania o udzielenia zamówienia, zaś nie dokonując tego, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12).

Ponowne wezwanie od uzupełnienia dokumentów, którymi PAGMA-BUD mógłby wykazać posiadanie wymaganego doświadczenia nie jest możliwe, bowiem zasadą obowiązującą w zamówieniach publicznych jest jednorazowe wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu.

Kwestia logicznej zgodności treści uzupełnionego wykazu osób z treścią uzupełnionego zobowiązania podmiotu ZAB-BUD.

PAGMA-BUD, w uzupełnionym Wykazie osób (szerzej o tym poniżej), wskazał, że dysponuje osobą projektanta, panem R. G. . Oznaczać to musi, że p. R. G. jest albo pracownikiem PAGMA-BUD albo osobą zatrudnioną przez PAGMA-BUD na podstawie umowy cywilno-prawnej.

PAGMA-BUD w wykazie osób nie wskazał, że będzie dysponować osobą projektanta na podstawie zobowiązania podmiotu ZAB-BUD, skoro ten podmiot winien wykonać cały zakres zamówienia, w tym także wykonać projekt budowlany. Skoro projekt budowlany wykonać miałby podmiot ZAB-BUD, to osoba projektanta wskazana w uzupełnionym Wykazie osób winna być powiązana bezpośrednio z podmiotem ZAB-BUD, a nie z wykonawcą PAGMA-BUD.

Powyższe potwierdza zamiar PAGMA-BUD do samodzielnego wykonania projektu budowlanego przebudowy bloku porodowego z wykorzystaniem p. R. G. . Ten zamiar koreluje zresztą z zakresem zobowiązania podmiotu ZAB-BUD, bowiem podmiot ten nie zobowiązał się do wykonania projektu budowlanego.

Przy łącznym traktowaniu treści uzupełnionego Wykazu osób z treścią uzupełnionego zobowiązania podmiotu ZAB-BUD, wyciągnąć można jeden logiczny wniosek, że wykonawca PAGMA-BUD wykona projekt budowlany, a następnie na jego podstawie podmiot ZAB-BUD wykona projekt wykonawczy, do czego zobowiązał się.

Kwestia niewykazania przez wykonawcę PAGMA-BUD spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zdolności technicznej i zawodowej w zakresie dysponowania osobami, które skieruje do wykonania zamówienia, w części dotyczącej wymaganego okresu doświadczenia zawodowego tych osób.

Zamawiający ww. wyrokiem KIO został także zobowiązany do wezwania PAGMA-BUD, w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających doświadczenie osób, które skieruje do realizacji zamówienia, a które to osoby zostały wskazane przez PAGMA-BUD w Wykazie osób (załącznik nr 4 do SIWZ). Izba stwierdziła, że zawarty w Wykazie osób opis doświadczenia osób tam wskazanych jest zbyt ogólnikowy, nie pozwalający na identyfikację doświadczenia tych osób oraz na weryfikację prawdziwości oświadczenia wykonawcy PAGMA-BUD zawartego w JEDZ i w złożonym Wykazie osób. Zamawiający pismem dnia 25 lutego 2020 r. wezwał PAGMA-BUD do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w 10 pkt 2b SIWZ.

PAGAM-BUD, w uzupełnionym za pismem z dnia 5 marca 2020 r. Wykazie osób, ponownie ogólnikowo opisał doświadczenie wszystkich osób w odniesieniu do okresu ich doświadczenia. Zmiana opisu, jaka nastąpiła w stosunku do pierwotnego Wykazu osób, polegała na zastąpieniu słów „co najmniej” słowem „powyżej”, i w związku z tym, gramatycznym dostosowaniu innych słów opisujących doświadczenie.

W pierwotnym Wykazie osób, PAGMA-BUD w odniesieniu do każdej z osób użył zwrotu: „posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych”. W uzupełnionym, w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, Wykazie osób PAGMA-BUD użył zwrotu: „posiada powyżej 5-ciu lat doświadczenia zawodowego po uzyskaniu uprawnień budowlanych”.

W ww. wyroku (na stronie 40) Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że niewystarczającym jest opisanie doświadczenia osób poprzez powielenie opisu warunku zawartego w 10 pkt 2b SIWZ. Właśnie taki opis doświadczenia został zamieszczony przez PAGMA-BUD w pierwotnym Wykazie osób. Zamiana w uzupełnionym Wykazie osób słów „co najmniej” na słowo „powyżej”, z równoczesnym gramatycznym dostosowaniem innych słów, w stosunku do opisu warunku w SIWZ, opisujących to doświadczenie, nie może stanowić o zastosowaniu się przez PAGMA-BUD do wyroku KIO.

W wyroku KIO czytamy:

- „W praktyce takie działanie niewiele różni się od złożenia oświadczenia wstępnego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, nie pozwala ono bowiem Zamawiającemu na zidentyfikowanie, a następnie na weryfikację doświadczenia posiadanego przez wskazane w Wykazie osoby.”
- „Na podstawie informacji przedstawionych przez PAGMA-BUD w Wykazie osób nie jest możliwe zidentyfikowanie ani faktycznego okresu doświadczenia zawodowego wskazanych osób”
- „Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być przedmiotem domniemań zamawiającego, dlatego wykonawca powinien na wezwanie przedstawić takie oświadczenia i środki dowodowe, które potwierdzą prawdziwość złożonych oświadczeń wstępnych, a nie poddadzą ją w uzasadnioną wątpliwość.

PAGMA-BUD, w uzupełnionym Wykazie osób w kolumnie nazwanej Doświadczenie (opis potwierdzający postawiony przez Zamawiającego warunek), zamieścił szereg zbędnych informacji, np. opis zakresu uprawnień, ale nie zamieścił opisu doświadczenia w sposób wskazany przez Zamawiającego w § 10 pkt 2b SIWZ 10 pkt 2b SIWZ w postanowieniu oznaczonym jedną gwiazdką (strona 7 SIWZ) w brzmieniu: „* Przez doświadczenie zawodowe (w okresie od daty uzyskania stosownych uprawnień do daty

składania ofert), zgodnie z art. 2 ust. 1 9a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2004 r. Nr 99, poz. 1001 z późn zm.), należy rozumieć doświadczenie zawodowe uzyskane w trakcie:

- zatrudnienia,
- wykonywania innej pracy zarobkowej,
- lub prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy.

Oznacza to, że doświadczenie zawodowe uzyskuje się m. in. poprzez lata pracy zarobkowej w trakcie zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej prowadzonej co najmniej 6 miesięcy. Warunek doświadczenia zawodowego zawiera także doświadczenie praktyczne tj. wymóg nabycia, w trakcie tego doświadczenia zawodowego, określonych umiejętności praktycznych do wykonywania pracy przez wykonywanie zadań o określonym stopniu złożoności.”.

Zamawiający, mimo skrajnej ułomności opisu doświadczenia, uznał spełnienie przez PAGMA-BUD warunku dysponowania osobami o odpowiednim przygotowaniu zawodowym i wymaganym doświadczeniu. Zamawiający dokonał tego z pominięciem powyżej przywołanych własnych postanowień zawartych w SIWZ.

PAGMA-BUD w odniesieniu do żadnej z osób w uzupełnionym Wykazie osób nie wskazał:

- czy doświadczenie zostało nabyte poprzez zatrudnienie i przez jaki okres trwające oraz kto zatrudniał daną osobę wpisaną do Wykazu,
- czy doświadczenie zostało nabyte poprzez wykonywanie innej pracy zarobkowej i przez jaki okres trwało wykonywanie tej pracy oraz dla kogo praca ta była świadczona,
- czy doświadczenie to zostało nabyte poprzez prowadzenie działalności gospodarczej i przez jaki okres ta działalność była prowadzona.

Zamawiający jest związany postanowieniami SIWZ, nie może w trakcie oceny ofert dokonywać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu z pominięciem postanowień SIWZ.

dowód:

- Wykaz osób złożony na wezwanie Zamawiającego z dnia 18 grudnia 2019 r.
- Wykaz osób uzupełniony na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2020 r.
- SIWZ.

Wobec powyższego, Zamawiający, uznając spełnienie przez PAGMA-BUD warunku udziału w postępowaniu w zakresie okresu doświadczenia osób, naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2, zaś nie wykluczając PAGMA-BUD z postępowania o udzielenie zamówienia, naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12).

Ponowne wezwanie od uzupełnienia dokumentów, którymi PAGMA-BUD mógłby wykazać wymagane doświadczenie osób wskazanych w Wykazie osób nie jest możliwe,

bowiem zasadą obowiązującą w zamówieniach publicznych jest jednorazowe wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu.

Kwestia wyboru oferty wykonawcy PAGMA-BUD, która nie jest ofert najkorzystniejszą.

Wobec powyżej zaprezentowanej argumentacji, mającej oparcie w faktach i prawie, stwierdzić trzeba, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy PAGMA-BUD jako najkorzystniejszej, czym, oprócz przepisów wskazanych wyżej, naruszył także art. 91 ust. 1 Ustawy.

Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie, bowiem czuje się poszkodowany działaniami Zamawiającego bezpodstawnie pozbawiającymi go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego wnioskami zaprezentowanymi w części wstępnej.

Sygnatura akt: KIO 597/20

W dniu 19 marca 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione kolejne odwołanie w ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Roboty budowlane mające na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A” w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w związku z realizacją projektu pn. „Modernizacja i doposażenie Kliniki Położnictwa, Perinatologii i Ginekologii — Bloku Porodowego w Instytucie „Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi” wniesione przez wykonawcę CLIMAMEDIC Sp. z o.o. Sp. k. (Reguły, ul. Stanisława Bodycha 73A 05-816 Michałowice) zwanego dalej Odwołującym Climamedic.

Odwołujący Climamedic zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12) uPzp poprzez zaniechanie wykluczenia PAGMA-BUD z postępowania w powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, w wyniku czego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż PAGMA-BUD spełnia postawione w tym zakresie warunki zdolności technicznej (doświadczenie i kadra);
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12) poprzez niewykluczenie PAGMA-BUD z postępowania pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał dysponowania zasobami innego podmiotów, o których mowa w art. 22a ust. 2 ustawy, na dzień złożenia oferty;

- 3) art. 24 ust. 1 pkt 16) poprzez niewykluczenie PAGMA-BUD z postępowania pomimo, iż Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej;
- 4) art. 87 w związku z art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 poprzez zaniechanie sprostowania cen ofert uwzględniających wycenę sprzętu medycznego, będącego de facto poza zakresem postępowania;

względnie

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7) poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na brak wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do złożenia nieporównywalnych ofert z przyczyn niezawinionych przez Wykonawców, przez co postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą.

W związku z powyższym Odwołujący Climamedic wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 3) wykluczenia PAGMA-BUD z postępowania i odrzucenie oferty złożonej przez tego Wykonawcę;
- 4) sprostowanie ofert uwzględniających wycenę sprzętu medycznego;
- 5) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych prawidłowych ofert złożonych w postępowaniu;

względnie

- 6) unieważnienie postępowania jako dotkniętego niemożliwą do usunięcia wadą.

Odwołujący Climamedic wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W wyniku naruszenia w/w przepisów ustawy interes Odwołującego doznał uszczerbku, ponieważ w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Odwołującego uzyskałaby największą liczbę punktów wg kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, a w konsekwencji zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Wobec powyższego Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku niezyskania przedmiotowego zamówienia.

I. Zaniechanie wykluczenia PAGMA-BUD z postępowania (zdolność techniczna i zawodowa)

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, iż kluczowym dla rozstrzygnięcia zarzutów niniejszego odwołania jest postępowanie odwoławcze zainicjowane przez wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz wydany w związku z tymże postępowaniem odwoławczym wyrok z dnia 7 lutego 2020 roku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawach o sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20 (dowód: wyrok z dnia 7 lutego 2020 roku).

Na mocy ww. wyroku, wobec braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany został do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie PAGMA-BUD, na podstawie art. 26 ust. 3 uPzp, do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ.

Wykonawca PAGMA-BUD na gruncie ww. wskazanego wyroku został wezwany, w dniu 25 lutego 2020 roku do uzupełnienia stosownych dokumentów. Stosownie do wezwania Zamawiającego, PAGMA-BUD pismem z dnia 5 marca 2020 roku, przedłożyła następujące dokumenty:

- 1) wykaz roboty budowlanej zgodnie z § 10 pkt 2a tabeli SIWZ spełniającej wymagania przetargowe wraz z listem referencyjnym potwierdzającym należyte wykonanie wskazanej roboty oraz zobowiązaniem podmiotu trzeciego,
- 2) wykaz osób zgodnie z § 10 pkt 2b tabeli SIWZ wraz z potwierdzeniem nadania odpowiednich uprawnień oraz zaświadczeniem z Izb.

Z uzupełnionych dokumentów, w tym z przedłożonego zobowiązania wynika, iż Udostępniający zasoby tj. "ZAB-BUD" A. Z. (zwany dalej „ZAB-BUD”) zobowiązuje się do udostępnienia doświadczenia w zakresie: Doświadczenie związane z wykonaniem roboty budowlanej polegającej na przebudowie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj o wartości robót budowlanych brutto powyżej 4.000.000,00 zł. Zakres udziału ZAB-BUD w realizacji zamówienia określono zaś jako: Wykonanie robót budowlanych mających na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A” zgodnie z przedmiot ww. zamówienia, w szczególności wykonanie projektu wykonawczego na podstawie projektu budowlanego oraz zmian aranżacyjnych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, wykonanie przebudowy instalacji wentylacji mechanicznej, wykonanie instalacji gazów medycznych wraz z montażem paneli gazowych oraz wykonanie robót budowlanych wykończeniowych w tym, w szczególności montaż ścian GK i sufitów podwieszanych.

Uwzględniając całość dokumentacji przedmiotowego zamówienia, w tym w szczególności Opis przedmiotu zamówienia zawarty w Programie Funkcjonalno-

Użytkowym, należy wskazać, iż zobowiązanie ponownie nie spełnia wymagań określonych w art. 22a uPzp. Podkreślenia również wymaga, iż PAGM-BUD nie wykazała, w uzupełnieniu z dnia 5 marca 2020 roku, na potwierdzenia warunku w udziale w postępowaniu, dodatkowego własnego doświadczenia w realizacji podobnych projektów i robót budowlanych, opisanych przedmiotowym zamówieniem. W tym stanie rzeczy zakres udziału ZAB-BUD w realizacji zamówienia, wobec braku własnego doświadczenia PAGM-BUD, powinien sprowadzać się do wykonania pełnego zakresu przez ZAB-BUD.

Powyższe potwierdza zarówno treść art. 22a ust. 4 uPzp, wedle której: W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, jak również treść ww. wyroku.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała: W aktualnie obowiązującym stanie prawnym wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zobowiązany jest do zaangażowania tego podmiotu w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r. p sygn. akt KIO. 1755/17). Celem takiego rozwiązania jest zapewnienie Zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie, zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający po to bowiem konstruuje, warunki udziału w postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek.

W ocenie składu orzekającego treść zobowiązania firmy ZAB-BUD załączona do oferty Przystępującego PAGMA-BUD nie potwierdza realnego udziału ww. podmiotu w realizacji robót budowlanych w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ. Warunek ten odnosi się do przebudowy lub remontu budynku.

Ponadto należy zdecydowanie odróżnić pojęcie „udziału w realizacji zamówienia” od pojęcia „realizacji zamówienia”, o którym mowa w art. 22a ust. 4 i które jest pojęciem węższym niż udział w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, i może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania tej części zamówienia

(co do zasady w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę). Wobec tego wykorzystanie wiedzy i doświadczenia firmy ZAB-BUD, które zgodnie z pkt 2 zobowiązania, miałyby nastąpić poprzez konsultacje i doradztwo w zakresie prowadzonych prac budowlanych, uznać należy za niewystarczające, bowiem takie rozwiązanie powoduje, że to inny podmiot wykonywałby zamówienie, a nie podmiot trzeci w zakresie, w jakim Udostępnił swoje zasoby (podobnie, wskazała Izba w wyroku z-dnia 17-grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2480/18).

Mając na uwadze powyższe przedstawione przez PAGMA-BUD zobowiązanie ponownie nie spełnia wymagań określonych w art. 22a Pzp. tj. nie potwierdza realnego udziału w realizacji zamówienia w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu.

Ponadto podkreślenia wymaga, iż przedstawione przez PAGMA-BUD zobowiązanie zostało podpisane w dniu 5 marca 2020 roku. Jednocześnie z treści zobowiązania wynika, iż zostało one wystawione w dniu 4 marca 2020 roku w Warszawie.

Tym samym PAGMA-BUD nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej na dzień składania ofert. Udostępnienie zasobów, w kształcie niespełniającym wymagań Pzp oraz wydanego wyroku KIO (na co wskazano powyżej), nastąpiło w dniu 4 marca 2020 roku, a więc po 3 miesiącach od dnia składania ofert. Jednocześnie z treści zobowiązania nie wynika jego aktualność w dniu złożenia oferty, co w konsekwencji powoduje, iż PAGMA-BUD nie spełniła warunków udziału w postępowaniu.

Wg interpretacji przepisów ustawy dostępnej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzv/interpretacja-przepisow/pvtania-iodpowiedzi-dotvczace-nowelizacji-ustawv-prawo-zamowien-publicznvch/kwalifikacja-podmiotowa-wvkonawcow>: „Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art 22a ust 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE-w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy. Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument. Jednocześnie zamawiający,

oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie. Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zobowiązania podmiotu trzeciego".

Na gruncie obecnie obowiązującej Pzp, opinii oraz orzecznictwa, nie ma również możliwości do ponownego wezwania PAGMA-BUD do uzupełnienia tych samych dokumentów w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp, albowiem jest to czynność, którą Zamawiający może podjąć jednokrotnie.

Podobnie rzecz się ma do uzupełnionego wykazu osób. W odróżnieniu do poprzednio złożonego wykazu PAGMA-BUD uzupełniła doświadczenie wymaganej kadry o wskazanie przy każdej z osób posiadanego doświadczenie tj. zapis: „posiada powyżej 5-ciu lat doświadczenia (...)” - poprzedni wykaz sprowadzał się do zapisu: „posiada co najmniej 5-letnie doświadczenie (...)” oraz wykazania inwestycji wskazanej w § 10 pkt 2b SIWZ. W pozostałym zakresie zapisy uzupełnionego wykazu osób są ponownie powieleniem warunku, zwłaszcza w zakresie wykazania minimalnego okresu doświadczenia w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych tj., wykazania realizacji, projektów, w których wykazane osoby pełniły określone funkcje kierowników budowy/robót/projektantów wraz ze wskazaniem okresów pełnienia tychże funkcji, co w konsekwencji potwierdziłoby spełnienie warunku określonego w SIWZ.

Wedle ww. wyroku Izba uznała:

Izba przyznała rację Odwołującemu Climamedic, iż powielenie wymagań określonych w treści warunku udziału w postępowaniu w opisie doświadczenia osób proponowanych na poszczególne stanowiska, nie stanowi potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno uznać, aby proste przeniesienie fragmentów SIWZ do wykazu osób stanowić miało opis doświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku. W praktyce takie działanie niewiele różni się od złożenia oświadczenia wstępnego o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, nie pozwala ono bowiem Zamawiającemu na zidentyfikowanie, a następnie weryfikację, doświadczenia posiadanego przez wskazane w Wykazie osoby. Zauważyć należy, że zgodnie z § 10 pkt 2b SIWZ Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że dysponuje lub będzie dysponował: co najmniej jedną osobą posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu odpowiednich uprawnień budowlanych oraz która pełniła określoną funkcję (Kierownika Budowy, Kierownika Robót) przy co najmniej 1 inwestycji określonego rodzaju lub która wykonała co najmniej 1 projekt obiektu użyteczności publicznej (w odniesieniu do Projektanta).

Na podstawie informacji przedstawionych przez PAGMA-BUD, w Wykazie osób nie jest możliwe zidentyfikowanie ani faktycznego okresu doświadczenia zawodowego wskazanych osób, ani inwestycji, na której dana osoba pełniła funkcję kierowniczą (w tym jej zakresu), brak jest także jakichkolwiek danych co do zakresu projektu wykonanego przez osobę wskazaną na stanowisko Projektanta. Okoliczności wskazujące na spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie wynikają również z, załączonych do Wykazu osób dokumentów, które potwierdzają jedynie posiadane przez osoby wskazane, w Wykazie osób ubezpieczenie OC oraz uprawnienia budowlane i nie stanowią jakiegokolwiek potwierdzenia w zakresie czy to okresu faktycznego doświadczenia zawodowego, czy tym bardziej pełnienia wymaganej w warunku funkcji kierowniczej na jakiegokolwiek inwestycji. Izba podkreśla, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego w taki sposób, który nie budzi wątpliwości. Spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być przedmiotem domniemań zamawiającego, dlatego też wykonawca powinien na - wezwanie przedstawić takie oświadczenia i środki dowodowe, które potwierdzą prawdziwość złożonych oświadczeń wstępnych, a nie poddadzą ją w uzasadnioną wątpliwość.

Z powyższego wynika, iż PAGMA-BUD ponownie nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania przez wskazane osoby minimalnego co najmniej 5 letniego doświadczenia zawodowego. Zmiana stwierdzenia „co najmniej 5 letniego” na „posiada powyżej 5 lat doświadczenia”, tak jak w poprzednio złożonym wykazie, nie można uznać za potwierdzenie spełnienia warunku, a jedynie jego ponowne powielenie w nieco odmienionej formie. Tym samym PAGMA-BUD nie dostosowała w pełnym zakresie przedłożonego na wezwanie wykazu do wytycznych w/w wyroku, a sposób oceny spełnienia warunku przez Zamawiającego należy ponownie ocenić jak dowolny.

Jednocześnie podobnie jak w stosunku do uzupełnionego zobowiązania nie ma możliwości do ponownego wezwania PAGMA-BUD do uzupełnienia tego samego dokumentu (wykaz osób) w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 Pzp, albowiem jest to czynność, którą Zamawiający może podjąć jednokrotnie.

Wobec powyższego PAGMA-BUD nie wykazała zarówno spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych i zawodowych, jak również realnego dostępu do zasobów podmiotów trzecich w dacie złożenia oferty, w związku z czym zasadne jest wykluczenie PAGMA-BUD z postępowania.

II. Zaniechanie sprostowania ofert w trybie art. 87 ust. 2 uPzp.

W związku z zarzutami podnoszonymi przez Odwołującego (KIO 141/20) oraz Mostostal Zabrze (KIO: 127/20) w ww. postępowaniu odwoławczym, a dotyczącymi ewentualnych błędów w obliczeniu ceny związanych z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT dla opisanego w Dokumentacji postępowania sprzętu medycznego, zarówno w pisemnej odpowiedzi Zamawiającego (z dnia 6 lutego 2020 roku) na wniesione odwołania, jak również w toku rozprawy, którą przeprowadzono w dniu 6 lutego 2020 roku, Zamawiający niejako dokonał/sprecyzował opis przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem Zamawiającego zakres dotyczący dostawy i montażu sprzętu medycznego jest poza zakresem postępowania, a jedyną i właściwą stawką podatku VAT, którą w złożonych ofertach powinni przyjąć wszyscy wykonawcy jest stawka 23% (dowód: protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 6 lutego 2020 roku, wyrok KIO z dnia 7 lutego 2020 roku).

Powyższe dotyczy przede wszystkim dostawy wyrobów medycznych wyspecyfikowanych w załączniku do PFU: Aparatura medyczna wbudowana na stałe w elementy budowlane wykaz, tj.:

- KOLUMNA CHIRURGICZNA LAPAROSKOPOWA - Urządzenie zakwalifikowane do wyrobów medycznych klasy IIB, Deklaracja zgodności i certyfikat CE producenta opisujący konkretny typ i model urządzenia;
- KOLUMNA ANESTEZJOLOGICZNA - DYSTRYBUCYJNA - Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym formularzu oraz potwierdzenie zgodności z normą ISO 11197:2016. Potwierdzenie zgłoszenia/powiadomienia do URPLWMIPB;
- LAMPA OPERACYJNA DWUCZASZOWA;
- SYSTEM ZINTEGROWANY NA SAŁĘ OPERACYJNĄ LAPAROSKOPOWĄ POZWALAJĄCY NA STEROWANIE URZĄDZENIAMI MEDYCZNYMI! - Wyrób klasy I, zgodny z IEC 60601-1;
- KOLUMNA CHIRURGICZNA SALA CIĘĆ - Certyfikat CE dla wyrobu medycznego zgodnie z 93/42/EEC dla urządzenia. Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym formularzu oraz potwierdzenie zgodności z normą ISO 11197:2016. Potwierdzenie zgłoszenia/powiadomienia do URPLWMIPB;
- KOLUMNA ANESTEZJOLOGICZNA - Certyfikat CE dla wyrobu medycznego zgodnie z 93/42/EEC dla urządzenia. Deklaracja zgodności wytwórcy potwierdzająca model i typ opisany w niniejszym formularzu oraz potwierdzenie zgodności z normą ISO 11197:2016. Potwierdzenie zgłoszenia/powiadomienia do URPLWMIPB;

- LAMPA OPERACYJNA BEZCIENIOWA - Deklaracje zgodności wytwórcy klasy I zgodnie z 93/42/EEC (urządzenia oferowane);
- LAMPA BEZCIENIOWA SUFITOWA - Deklaracje zgodności wytwórcy klasy I zgodnie z 93/42/EEC (urządzenia oferowane).

Stanowisko Izby oraz Zamawiającego zaś znajduje odzwierciedlenie i zostało potwierdzone przede wszystkim w:

- 1) pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 lutego 2020 roku (dotyczy odwołania wniesionego przez Mostostal Zabrze):

budowlanych, bez uprzedniego projektowania. Podkreślił, że ani Zamawiający, ani żaden z oferentów nie może wskazać zakresu ilości, wartości robót obejmujących nominalne wyroby medyczne, w szczególności z zakresu gazów medycznych, ponieważ nikt nie może uprzednio wskazać ile, gdzie i jakie dokładnie instalacje doprowadzające gazy medyczne będą w przyszłości zaprojektowane. Wskazał na wyrok Izby z dnia 17 stycznia 2013 r., sygn. akt

- 2) pisemna odpowiedź na odwołanie z dnia 6 lutego 2020 roku (dotyczy odwołania wniesionego przez Odwołującego):

127/20. Dodał, iż skoro nie ma rzeczywistej możliwości określenia dokładnego zakresu czynności wchodzących w zakres robót budowlanych w systemie „zaprojektuj i wybuduj aż do chwili faktycznego zatwierdzenia projektu przez Zamawiającego, to i przedstawienie ofert porównywalnych, konkurencyjnych jest możliwe tylko w sposób przedstawiony w formularzu oferty, bez nierzeczywistego podziału na roboty budowlane objęte różnymi stawkami VAT.

- 3) stanowisko Izby przedstawione w uzasadnieniu w/w wyroku:

zamówienia na obecnym etapie mogła budzić wątpliwości wykonawców. Zauważyć bowiem trzeba, że zamówienie realizowane ma być w systemie „zaprojektuj i wybuduj co powoduje, że szczegółowy zakres prac, jakie wiązać się będą z instalacją gazów medycznych i pozostałej aparatury medycznej, zostanie dopiero doprecyzowany na etapie projektu budowlanego, kiedy to wydzielony zostanie konkretny zakres, prac do wykonania, obejmujący elementy konieczne do instalacji wyrobów medycznych. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ nie były

- 4) stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku rozprawy (str. nr 9 protokołu posiedzenia i rozprawy):

gazów medycznych są jedynie elementem. Żaden z oferentów nie wie, jaką część miałby objąć stawką preferencyjną, ponieważ roboty muszą dopiero zostać zaprojektowane. Wskazuje, że Zamawiający nie przestawił żadnego podziału prac,

nie zawarł katalogów, które umożliwiałyby przyjęcie określonych wartości i ich wycenę. Zamawiający nie wskazał, jak wykonawcy mieliby rozdzielić zamówienie i jaką część objąć stawką 23%, a jaką 8%. Porównywanie ofert w takiej sytuacji byłoby niekonkurencyjne. Gwarancję porównywalności daje jedynie wskazanie jednej stawki.

5) stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku rozprawy (str. nr 12 protokołu posiedzenia i rozprawy):

W kwestii stawki VAT podtrzymuje dotychczasowe stanowisko. Dodaje, że nazwa „modernizacja i doposażenie” to nazwa projektu unijnego, a nie zamówienia. Wskazuje, że gazy medyczne to instalacja, rury. Załącznik dotyczący aparatury medycznej zakreśla jedynie, jakie mogą pojawić się elementy. Zwraca uwagę na konieczność wbudowania tych elementów, tj. zamontowania ich w ścianie.

Podnosi także, że naturalnym jest, że instalacje muszą spełniać normy, dlatego też Zamawiający wskazał parametry, jakich oczekuje względem tego sprzętu. Natomiast same szczegóły dotyczące montażu będą możliwe do ustalenia dopiero po odbiorze projektów. Wykonawcy nie wiedzą obecnie, ile metrów rur będą musieli poprowadzić. W związku z tym nie da się określić, w jakiej części należałoby zastosować stawkę preferencyjną.

6) stanowisko Zamawiającego przedstawione w toku rozprawy (str. nr 15 protokołu posiedzenia i rozprawy):

W kwestii różnych stawek VAT prowadziłyby do nieporównywalności ofert. Zamawiający dopuścił jedną stawkę 23%. Żaden z wykonawców nie zadawał pytań w zakresie dotyczącym tej kwestii.

Skoro zatem sam Zamawiający potwierdza, iż właściwą dla przedmiotowego postępowania stawką podatku VAT jest 23%, a opisany pierwotnie w Dokumentacji postępowania sprzęt medyczny jest de facto poza jego zakresem, prawidłowym działaniem Zamawiającego, przed dokonaniem badania i ponownej oceny oferty PAGMA-BUD, która zgodnie z uzasadnieniem zarzutu nr 1 i tak podlega wykluczeniu, powinno być wezwanie w trybie art. 87 Pzp do złożenia wyjaśnień co do treści pozostałych złożonych ofert w zakresie zastosowanych stawek podatku VAT, a w konsekwencji sprostowanie (o kwotę uwzględniającą wartość sprzętu medycznego) w trybie art. 87 ust. 2 Pzp tych ofert, które zawierały w cenie oferty wycenę ww. sprzętu medycznego.

W wyniku tak przeprowadzonego prawidłowego badania i oceny ofert, wykluczenia PAGMA-BUD z postępowania, oferta Odwołującego jest najkorzystniejszą ofertą spośród pozostałych ważnych i niepodlegających odrzuceniu ofert i jako taka powinna podlegać

dalszej ocenie i badaniu, a w konsekwencji powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Wobec powyższego, mają jednocześnie na uwadze słuszny interes Zamawiającego w postaci dążenia do wyboru w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty najkorzystniejszej, zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami (w tym przypadku cena oraz okres gwarancji), zarzut jest słuszny i uzasadniony.

III. Zaniechanie unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 7) uPzp.

Wobec ewentualnego nieuwzględnienia wyżej opisanego zarzutu, z ostrożności procesowej Odwołujący podnosi naruszenie art. 29 Pzp. *Zgodnie z treścią tego przepisu: Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.*

Jednocześnie z w/w wyroku oraz oświadczeń składanych w toku rozprawy wynika bezspornie (uzasadnienie powyżej), iż opis przedmiotu zamówienia jednoznaczny nie był, co spowodowało, iż wykonawcy zostali wprowadzeni w błąd, o czym świadczą złożone oferty, które obejmują różne zakresy.

Skoro Zamawiający dokonał opisu przedmiotu w taki sposób, że wykonawcy złożyli oferty na różne zakresy, a w konsekwencji wycenili różne zakresy, to nie da się porównać złożonych ofert.

W tym stanie rzeczy naruszenie art. 29 Pzp polega przede wszystkim na niejednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia, które doprowadziło do złożenia, z przyczyn niezawinionych przez Wykonawców, ofert z różnym zakresem świadczenia, a przez to ofert nieporównywalnych, o czym Odwołujący dowiedział się po upływie terminu składania ofert, tj. na rozprawie (uzasadnienie powyżej).

Zgodnie z artykułem 93 ust. 1 pkt 7) Pzp, Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Brak możliwości dokonania jednoznacznej oceny ofert pod kątem spełnienia wymagań SIWZ w zakresie zaoferowanego przedmiotu zamówienia i oceny kryterium stanowi wadę w postępowaniu, która uniemożliwia zawarcie umowy. Na etapie badania i oceny ofert, nie jest możliwe poprawienie opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert, a zatem wada jest niemożliwa do usunięcia. Jedną z zasad udzielenia zamówienia jest konieczność zapewnienia równości wykonawców, która może być zapewniona przez jednoznaczne i przejrzyste, jednakowe dla wszystkich postanowienia SIWZ, w tym opis kryterium.

Sytuacja, w której wykonawcy mogą zaoferować różne zamówienia za różną, nieporównywalną cenę, prowadzi do rozbieżności i braku równości wykonawców w postępowaniu (vide Sygn. akt: KIO 268/20).

Tym samym, gdyby oferty nie podlegały sprostowaniu na gruncie art. 87 Pzp, Zamawiający zobowiązany byłby unieważnić postępowanie, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wskazanych w petitum odwołania.

W dniu 19 marca 2020 roku do postępowania o sygnaturze akt KIO 550/20 oraz w dniu 23 marca 2020 roku do postępowania o sygnaturze KIO 597/20 zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca PAGMA-BUD Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Łodzi, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 4 czerwca 2020 roku (data wpływu do KIO 5 czerwca 2020 r.) uwzględnił w całości zarzuty podniesione w odwołaniu o sygnaturze akt KIO 550/20. Pismem z dnia 4 czerwca 2020 roku – „Odpowiedź na odwołanie” uwzględnił zarzut 1, 2 i 3 podniesione w postępowaniu odwoławczym o sygnaturze akt 597/20, wnosząc jednocześnie o oddalenie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, tj. 4 i 5.

Wobec powyższego, Przystępujący pismem z dnia 5 czerwca 2020 roku wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów zawartych w postępowaniach odwoławczych o sygnaturach 550/20 (uwzględnienie w całości) oraz 597/20 (uwzględnienie w zakresie zarzutów 1, 2, 3).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W sprawie o sygn. akt KIO 550/20 oraz 597/20 Izba na posiedzeniu w dniu 18 czerwca 2020 r. stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do ww. postępowań odwoławczych przez PAGMA-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Łodzi po stronie Zamawiającego wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Izba uznała, iż obaj Odwołujący wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnili materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba w sprawach o sygn. akt KIO 550/20 i KIO 597/20 dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej modyfikacji oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na pytania wykonawców co do treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców wraz z załącznikami, protokołu z rozprawy w sprawach skierowanych do łącznego rozpoznania KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141//20 z dnia 6 lutego 2020 roku oraz wyroku w sprawach KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141//20 z dnia 7 lutego 2020 roku, oświadczeń i dokumentów z dnia 5 marca 2020 roku złożonych przez PAGMA-BUD na wezwania Zamawiającego z dnia 25 lutego 2020 roku na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zawiadomienia z dnia 9 marca 2020 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniach, odpowiedziach na odwołanie, sprzeciwie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 czerwca 2020 roku. Izba nie dopuściła dowodów z dokumentów złożonych przez Przystępującego PAGMA-BUD, stanowiących załączniki do sprzeciwu tj. informacji z CEIDG dla osób wskazanych w wykazie oraz oświadczeń osób wskazanych w wykazie osób, uznając je za spóźnione, tj. wniesione po upływie terminu wyznaczonego na złożenie oświadczeń i dokumentów wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 5 marca 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych mających na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A” w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w związku z realizacją projektu pn. „Modernizacja i doposażenie Kliniki Położnictwa, Perinatologii i Ginekologii – Bloku Porodowego w Instytucie Centrum Zdrowia Matki Polki” w Łodzi”, zgodnie z Programem Funkcjonalno-Użytkowym („PFU”), stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ (§ 2 pkt 1 SIWZ). Przedmiot zamówienia, zgodnie z § 2 pkt 3 SIWZ, obejmuje wykonanie projektu wykonawczego na podstawie projektu budowlanego oraz zmian aranżacyjnych; przebudowę istniejącego oddziału

w funkcjonującym Szpitalu, w tym wyburzenia ścian działowych, wzmocnienia stropu punktowe, przebudowa instalacji, w tym instalacji wentylacji mechanicznej, montaż paneli gazowych, montaż stolarki drzwiowej; połączenie spójne przebudowy wraz z częścią ogólną Szpitala umożliwiając funkcjonowanie istniejących oddziałów zlokalizowanych na kondygnacji poniżej, podczas wykonywania robót budowlanych; przygotowanie placu budowy na terenie Szpitala wraz z organizacją ruchu, drogami tymczasowymi w razie potrzeby, a po zakończonej inwestycji przywrócenie stanu pierwotnego również części wspólnych Szpitala, po których odbywał się transport budowlany; wywóz i utylizację gruzu i elementów wyburzeniowych. Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia określono szczegółowo w PFU i w Istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 5 do SIWZ).

W § 10 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z § 10 pkt 2a SIWZ Zamawiający uzna, iż wykonawca posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 6 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych co najmniej 4 000 000,00 zł i udokumentuje, że robota ta zostanie wykonana należycie oraz, że została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona. Zamawiający wskazał, iż wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów składa w oryginale wraz z ofertą pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, poza oświadczeniem wstępnym, Zamawiający wymagał złożenia na wezwanie Wykazu roboty budowlanej wraz z podaniem jej rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotu, na rzecz którego robota została wykonana, z załączeniem dowodów określających czy została wykonana należycie, w szczególności informacji o tym, czy została wykonana zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończona.

Zgodnie z § 10 pkt 2b SIWZ Zamawiający uzna, iż wykonawca posiada zdolności techniczne i zawodowe niezbędne do wykonania zamówienia, jeżeli wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował:

- a) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w specjalności konstrukcyjno-budowlanej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień

budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy przy co najmniej 1 przebudowie lub remoncie obiektów użyteczności publicznej;

- b) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych do kierowania robotami budowlanymi, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie, przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej;
- c) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w rozumieniu ustawy Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych do kierowania robotami budowlanymi, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie, przebudowie lub remoncie obiektu użyteczności publicznej;
- d) co najmniej jedną osobą spełniającą łącznie następujące wymagania: posiadającą wykształcenie wyższe, posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, posiadającą co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe, w tym praca w wykonaniu co najmniej 1 projektu obiektu użyteczności publicznej, licząc od dnia uzyskania uprawnień do wykonywania prac projektowych.

Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, poza oświadczeniem wstępnym, Zamawiający wymagał złożenia na wezwanie Wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu stanowił załącznik nr 4 do SIWZ. W treści Wykazu osób należało wskazać m.in. „Doświadczenie (opis potwierdzający postawiony warunek)” – kolumna 4, a także „Zakres wykonywanych czynności” – kolumna 5.

Zgodnie z PFU, stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ, na zamówienie składa się:

- a) wykonanie projektu, na podstawie budowlanego oraz zmian aranżacyjnych;
- b) przebudowa istniejącego bloku porodowego na podstawie projektu wykonawczego i budowlanego,

c) wyposażenie bloku porodowego zgodnie z załącznikiem w aparaturę medyczną wbudowaną na stałe oraz meble, zabudowa stała oraz

d) Pełnienie nadzoru autorskiego przez projektanta na budowie.

Zamówienie obejmuje przebudowę istniejącego oddziału w funkcjonującym Szpitalu, w tym wyburzenia ścian działowych, wzmocnienia stropu punktowe (podwieszanie urządzeń m. in. Kolumn chirurgicznych), przebudowa instalacji, w tym instalacji wentylacji mechanicznej, montaż paneli gazowych, montaż stolarki drzwiowej połączenie spójne przebudowy wraz z częścią ogólną Szpitala umożliwiając funkcjonowanie istniejących oddziałów zlokalizowanych na kondygnacji poniżej, podczas wykonywania robót budowlanych; przygotowanie placu budowy na terenie Szpitala wraz z organizacją ruchu, drogami tymczasowymi w razie potrzeby, a po zakończonej inwestycji przywrócenie estetycznego stanu pierwotnego również części wspólnych szpitala, po których odbywał się transport budowlany; wywóz i utylizacja gruzu i elementów wyburzeniowych. Zakres zamówienia obejmuje także m.in. niezbędne prace instalacyjne np. doprowadzenie odpowiedniego zasilania elektrycznego, przełożenie szafki radiowej i teletechnicznej; wykonanie niezbędnych instalacji do prawidłowego funkcjonowania obiektu zgodnie z wymaganiami technologicznymi, sanitarnymi, pożarowymi opisanymi w polskich normach, rozporządzeniach, prawie budowlanym (elektryka i teletechnika, sieci komputerowe, SAP, instalacje sanitarne wod-kan, c.o., wentylacji mechanicznej, klimatyzacji, gazów medycznych). Zamówienie obejmuje wpięcie powyższych instalacji w istniejącą infrastrukturę szpitala. Do PFU załączono wykaz aparatury medycznej wbudowanej na stałe w elementy budowlane, gdzie wskazano sprzęt taki jak kolumna chirurgiczna laparoskopowa, kolumna anestezjologiczna, Lampa bezcieniowa, panel gazów medycznych stropowy chirurgiczny, panel gazów medycznych stropowy anestezjologiczny. W odrębnych załącznikach przedstawiono specyfikacje parametrów aparatury.

Zamawiający w toku postępowania udzielił licznych wyjaśnień treści SIWZ, w tym m.in. w dniu 8 listopada 2019 r. odpowiadając na pytania wykonawców nr 15-38 dotyczące aparatury medycznej (m.in. kolumny laparoskopowej, lampy operacyjnej, kolumny chirurgicznej, kolumny anestezjologicznej, lampy operacyjnej dwuczaskowej, lampy bezcieniowej), wyjaśniając wymagane w SIWZ parametry techniczne dla ww. urządzeń.

Pismem z dnia 25 lutego 2020 roku, Zamawiający skierował do Przystępującego PAGMA-BUD Sp. z o.o. Sp. K wezwanie do uzupełnienia dokumentów o następującej treści: *W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2020 r., Zamawiający na mocy art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wzywa do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń*

wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ oraz w § 10 pkt 2b SIWZ.

Wyżej wymienione dokumenty/oświadczenia w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowalnym podpisem elektronicznym należy przesłać na adres: (...) lub przekazać za pośrednictwem Platformy Zakupowej Zamawiającego w nieprzekraczalnym terminie do dnia 05.03.2020 r.”

W dniu 5 marca 2020 r. Przystępujący złożył Zamawiającemu:

1. wykaz roboty budowlanej zgodnie z § 10 pkt 2a tabeli SIWZ spełniającej wymagania przetargowe wraz z listem referencyjnym potwierdzającym należyte wykonanie wskazanej roboty oraz zobowiązanie podmiotu trzeciego,
2. wykaz osób zgodnie z § 10 pkt 2b tabeli SIWZ wraz z potwierdzeniem nadania odpowiednich uprawnień oraz zaświadczeń z Izb.

Zamawiający w dniu 9 marca 2020 r. zawiadomił wykonawców o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, za która została uznana oferta złożone przez wykonawcę PAGMA-BUD Sp. z o.o. Sp. k.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż zarzuty podniesione w odwołaniach w sprawach o sygn. akt KIO 550/20 oraz KIO 597/20 nie zasługują na uwzględnienie.

Sygnatura akt: KIO 550/20

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego VIK-BUD, dotyczącego bezpodstawnego uznania przez Zamawiającego, że Przystępujący PAGMA-BUD spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wymaganych zdolności technicznych i zawodowych niezbędnych do wykonania zamówienia, Izba uznała zarzut za niewłaściwy.

W ocenie Izby Odwołujący VIK-BUD w sposób nieuprawniony zrównuje i utożsamia warunek udziału w postępowaniu określony przez Zamawiającego w §10 pkt 2a SIWZ, z zakresem objętym przedmiotem zamówienia.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 1a Pzp 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. Należy zatem odróżnić określenie przedmiotu zamówienia od warunków udziału w postępowaniu, które zawsze muszą być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i umożliwiać ocenę wykonawcy, pod kątem jego zdolności do należytego wykonania zamówienia. Nie oznacza to jednak, iż warunek udziału w postępowaniu musi być tożsamy z przedmiotem zamówienia, istotne jest aby był on proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i umożliwiał ocenę zdolności wykonawcy do jego należytej realizacji. Decyzja w zakresie ustanowienia warunku, jego rodzaju, rozmiaru czy zakresu, należy do Zamawiającego. To na Zamawiającym spoczywa odpowiedzialność, za ukształtowanie warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby każdy wykonawca, który wykaże się spełnieniem warunku, mógł być jednocześnie zdolny do wykonania przedmiotu zamówienia.

W analizowanym postępowaniu, na potwierdzenie posiadanego przez wykonawców doświadczenia, Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu, którego zakres jest mniejszy niż przedmiot zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmował wykonanie robót budowlanych mających na celu przebudowę pomieszczeń w systemie „zaprojektuj i wybuduj” (o zakresie określonym w PFU), natomiast warunek udziału w postępowaniu zgodnie z zapisami §10 pkt 2a SIWA dotyczył posiadania doświadczenia przy wykonaniu co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej w systemie zaprojektuj i wybuduj, o wartości robót budowlanych co najmniej 4 000 000,00 zł. W treści SIWZ Zamawiający nie stawia warunku udziału, polegającego na wykazaniu się przez wykonawców doświadczeniem przy wykonaniu robót budowlanych obejmujących doświadczenie w projektowaniu. Z zapisu, iż przedmiot zamówienia będzie realizowany w formule „zaprojektuj i wybuduj” nie można wyprowadzić wniosku, że wykonawca musi się wykazać doświadczeniem również przy wykonaniu projektu budowlanego. Taki wniosek, wyprowadzony przez Odwołującego VIK-BUD jest nieuprawniony i nie znajduje potwierdzenia w zapisach SIWZ.

W zakresie wskazanej przez Przystępującego w wykazie robót budowlanych, roboty budowlanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia realizowanej dla Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego w Warszawie oraz potwierdzającej jej należyte wykonanie referencji, wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lutego 2020 r. sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141/20, stwierdzając, że *„W przedmiotowej sprawie bezsporne było, że inwestycja wskazana przez Pagma-Bud w Wykazie robót budowlanych odpowiadała zakresowi określonemu w § 10 pkt 2a SIWZ”*. Stanowisko takie podziela również skład orzekający w przedmiotowym postępowaniu.

Zważywszy na to, iż ww. robota budowlana wykonana został przez podmiot ZAB-BUD, będący podwykonawcą Przystępującego i udostępniający mu swoje zasoby w zakresie

wymaganego doświadczenia, konieczne było ustalenie, czy zobowiązanie do udostępnienia zasobów złożone przez podwykonawcę ZAB-BUD potwierdza, że Przystępujący będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu do realizacji zamówienia, co jednocześnie będzie stanowiło potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie wymaganego doświadczenia.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 7 lutego 2020 r. w sprawach sygn. akt KIO 123/20, KIO 127/20 i KIO 141/20, zgodnie z którym „w aktualnie obowiązującym stanie prawnym wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu zobowiązany jest do zaangażowania tego podmiotu w sposób rzeczywisty i bezpośredni w realizację przedmiotu zamówienia. Tylko i wyłącznie wtedy wiedza i doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 4 września 2017 r., sygn. akt KIO 1755/17). Celem takiego rozwiązania jest zapewnienie Zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Zamawiający po to bowiem konstruuje warunki udziału w postępowaniu, aby udzielić zamówienia wykonawcy, który daje rękojmię jego należytego wykonania. Jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i powołuje się na doświadczenie innego podmiotu, to musi zapewnić realny udział tego podmiotu w realizacji zamówienia w takim zakresie, do jakiego odnosił się warunek.”

Izba podkreśla, że w treści zobowiązania złożonego Zamawiającemu w wyniku wezwania z 25 lutego 2020 r. podwykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą jako ZAB-BUD A. Z. zobowiązał się do udziału przy wykonaniu przedmiotowego zamówienia w następującym zakresie: „wykonanie robót budowlanych mających na celu przebudowę pomieszczeń bloku porodowego w budynku szpitalnym „A” zgodnie z przedmiotem ww. zamówienia, w szczególności wykonanie projektu wykonawczego na podstawie projektu budowlanego oraz zmian aranżacyjnych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego, wykonanie przebudowy instalacji wentylacji mechanicznej, wykonanie instalacji gazów medycznych wraz z montażem paneli gazowych oraz wykonanie robót budowlanych wykończeniowych w tym w szczególności montaż ścian GK i sufitów podwieszanych, świadczenie konsultacji i doradztwa w pozostałym zakresie.”

W ocenie Izby, powyższe zobowiązanie obejmuje wykonanie całego zakresu robót budowlanych objętych treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ, i jednocześnie potwierdza realny udział ww. podmiotu w realizacji robót budowlanych w całym zakresie objętym treścią ww. warunku.

Treść zobowiązania odnosi się również do świadczenia konsultacji i doradztwa w pozostałym zakresie, co zdaniem Izby wskazuje na udział podwykonawcy PAD-BUD

w zakresie większym, niż ten wyznaczony granicami warunku udziału w postępowaniu. Okoliczność ta nie może działać na niekorzyść Przystępującego, ponieważ podmiot udostępniający swoje zasoby do wykonania zamówienia, zobowiązał się udostępnić je w zakresie większym niż określony w § 10 pkt 2a SIWZ. Skoro warunek udziału w zakresie doświadczenia określony został przez Zamawiającego w granicach węższych (nie obejmował np. wykazania się doświadczeniem w zakresie projektowania) niż przedmiot zamówienia, to podwykonawca ZAB-BUD, zobowiązując się do świadczenia konsultacji i doradztwa w pozostałym zakresie, wzmocnił Przystępującego posiadany, choć niewymagany doświadczeniem.

Zgodzić się należy z Odwołującym VIK-BUD, że podwykonawca ZAB-BUD zobowiązał się do wykonania tylko części robót objętych zamówieniem, ale Odwołujący pomija fakt, iż to właśnie ta część zamówienia, do której wykonania zobowiązał się podwykonawca w całym zakresie – a nie cały zakres objęty przedmiotem zamówienia - stanowiła warunek udziału w postępowaniu. Dlatego podwykonawca udostępniający swoje zasoby na potrzeby realizacji zamówienia, nie był zobowiązany do składania zobowiązania obejmującego cały zakres objęty przedmiotem zamówienia, (w tym także wykonanie projektu budowlanego), a jedynie ten, który objęty był treścią warunku określonego w § 10 pkt 2a SIWZ.

Za niezasadną Izba uznała również argumentację Odwołującego dotyczącą osoby z uprawnieniami do projektowania. Skoro w ramach wymaganego doświadczenia wykonawcy przy wykonaniu robót budowlanych, Zamawiający nie wymagał wykazania się doświadczeniem przy projektowaniu robót budowlanych, to podmiot udostępniający zasoby, nie musiał udostępnić wykonawcy, osoby z uprawnieniami do projektowania. Dysponowaniem osobą o takich uprawnieniach mógł wykazać się również sam wykonawca.

Izba nie podziela również zarzutu Odwołującego VIK-BUD w zakresie braku aktualności zobowiązania złożonego przez ZAB-BUD. Odwołujący przywołuje datę złożenia zobowiązania jako 5 marca 2020 r., wskazując że z treści uzupełnionego zobowiązania nie wynika inna aktualność dokumentu niż dzień jego podpisania. Ponadto, z treści uzupełnionego zobowiązania nie wynika, że skutki zawartego w nim oświadczenia o zakresie przyjętych przez siebie przez ZAB-BUD obowiązków rozciągają się na okres od dnia składania ofert.

Izba wskazuje, że Przystępujący złożył nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego w wyniku wezwania Zamawiającego do jego złożenia, który wyznaczył jako graniczną datę uzupełnienia zobowiązania dzień 5 marca 2020 r. Złożony dokument winien być aktualny na dzień jego złożenia, zatem zobowiązanie złożone z datą 5 marca 2020 r. spełnia wymóg aktualności dokumentu. Uzupełnione zobowiązanie nie mogło być wystawione z datą składania ofert, bowiem zostało sporządzone już po tej dacie, na wezwanie Zamawiającego. Zobowiązanie złożone wraz z ofertą, wymagało uzupełnienia, ponieważ w ocenie Izby

nie potwierdzało realnego udziału podmiotu ZAB-BUD w realizacji robót budowlanych w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ. Podwykonawca ZAB-BUD zobowiązany był zatem do sporządzenia nowego, aktualnego zobowiązania, które w swej treści będzie potwierdzało jego realny udział w wykonaniu robót budowlanych, w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu określonym w § 10 pkt 2a SIWZ.

Ponadto, Izba wskazuje, że z treści zobowiązania wynika że dotyczy ono przedmiotowego postępowania, przywołanego numerem, nazwą i tytułem, wskazany został podmiot, któremu podwykonawca udostępnił swoje zasoby, tj. Przystępujący Padma-BUD, ponadto zawiera określenie (co pomija Odwołujący VIK-BUD) że zasoby będą udostępnione przez cały okres prowadzenia postępowania o zamówienie i okres realizacji zamówienia.

Powyższe, w ocenie Izby spełnia wymóg aktualności oraz potwierdza, że uzupełnione zobowiązanie potwierdza spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, na dzień składania ofert.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego podpisu pod zobowiązaniem, uznać należy go za niezasadny. Izba wskazuje, że osoba uprawniona do reprezentowania podwykonawcy ZAB-BUD na potrzeby niniejszego postępowania ujawniona została w oświadczeniu JEDZ, i nie było potrzeby przywoływania właściwego rejestru wskazującego osobę upoważnioną do składania oświadczeń w imieniu podmiotu ZAB-BUD. Dodać należy, iż pierwsze zobowiązanie złożone wraz z ofertą, zostało również podpisane przez Pana A. Z. .

W ocenie Izby zobowiązanie złożone przez Przystępującego Padma-BUD w wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 25 lutego 2020 r. stanowi realne potwierdzenie udziału podmiotu ZAB-BUD w realizacji robót budowlanych w całym zakresie objętym treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w § 10 pkt 2a SIWZ, co jednocześnie stanowi potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez PADMA-BUD.

Wobec powyższego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu niewykazania przez Przystępującego PAGMA-BUD spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej niezbędnej do wykonania zamówienia poprzez brak wykazania się dysponowaniem osobami, o których mowa w § 10 pkt 2b SIWZ, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Wskazać należy, iż wykaz osób winien potwierdzać spełnienie warunku udziału określonego w § 10 pkt. 2b SIWZ, tj. potwierdzać, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobami mającymi co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe po uzyskaniu odpowiednich uprawnień budowlanych oraz które pełniły określone funkcje (Kierownika Budowy, Kierownika Robót) przy co najmniej 1 inwestycji określonego rodzaju lub która

wykonała co najmniej 1 projekt obiektu użyteczności publicznej (w odniesieniu do Projektanta).

Zamawiający dokonuje weryfikacji spełnienia warunku na podstawie treści zawartych w całym wykazie osób złożonym przez wykonawcę. Informacje, których zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia ww. warunku zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Należą do nich informacje dotyczące kwalifikacji zawodowych osób, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacje o podstawie dysponowania tymi osobami. Na podstawie całości informacji przekazanych przez wykonawcę w wykazie osób, Zamawiający dokonuje weryfikacji zdolności wykonawcy.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującym VIK-BUD, że wykaz osób złożony na wezwanie Zamawiającego z dnia 25 lutego 2020 r. nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w sposób wskazany w SIWZ w §10 pkt 2b SIWZ.

Zamawiający w SIWZ, przy określeniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie określonym w §10 pkt 2b SIWZ (przy oznaczeniu jedną gwiazdką) wskazał, jak należy rozumieć doświadczenie dotyczące osób skierowanych do realizacji zamówienia, natomiast nie wymagał, aby wykonawca w wykazie osób wskazywał w jaki sposób poszczególne osoby zdobyły swoje doświadczenie. Wymogu takiego nie zawierało również wezwanie z 25 lutego 2020 r. skierowane do Przystępującego zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7 lutego 2020 r. do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w §10 pkt 2a SIWZ oraz w §10 pkt 2b SIWZ.

Wykaz osób złożony w odpowiedzi na powyższe wezwanie, zawierał nowe, dodatkowe informacje dotyczące osób wskazanych w wykazie, w stosunku do wykazu osób złożonego 18 grudnia 2019 r. Przystępujący uzupełnił wykaz osób o informacje dotyczące rodzaju i kierunku posiadanego wykształcenia, oraz dookreślił pełnione przez każdą osobę funkcję przy realizacji obiektu użyteczności publicznej.

W stosunku do wymaganego okresu doświadczenia dla osób, Zamawiający nie wymagał podania konkretnej ilości lat posiadanego doświadczenia, lecz wskazał jedynie, że ma ono być nie krótsze niż 5 lat. Stwierdzić należy, że określenie w wykazie osób, że dana osoba posiada powyżej 5 lat doświadczenia zawodowego, zawiera w sobie informację, o posiadaniu co najmniej 5-letniego doświadczenia zawodowego, a zatem potwierdza, że wymagany okres doświadczenia został spełniony. Nie można zatem

uznać, że określenie „powyżej 5 lat” zaprzecza warunkowi dotyczącemu okresu wymaganego doświadczenia dla personelu.

W ocenie Izby nie można również pominąć nowych informacji podanych przez Przystępującego w wykazie osób i uznać, że stanowią one jedynie powielenie warunku zawartego w SIWZ. Oceniając spełnienia warunku należy brać pod uwagę treść całego dokumentu, a nie skupiać się jedynie na jednej, wybiórczej pozycji z kilku podanych w tej samej kolumnie dla określenia wymaganego doświadczenia. Dodać należy, co istotne, że Zamawiający nie stawiał żadnych wymagań jak należy opisać posiadane doświadczenie zawodowe (co do okresu jego posiadania) wskazał jedynie, że ma ono wynosić minimum 5 lat, natomiast Przystępujący przy każdej osobie wskazanej w wykazie podał, iż posiada ona powyżej 5 lat doświadczenia zawodowego.

Nie można zatem uznać, iż Przystępujący nie odniósł się do okresu posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia. Nie jest również uprawnione twierdzenie, że Przystępujący opisał doświadczenie osób w sposób nieprawidłowy, skoro Zamawiający nie wskazał precyzyjnego sposobu dokonania takiego opisu. Podkreślenia wymaga, że wszystkie te informacje, które wymagane były przez Zamawiającego na potwierdzenie warunku określonego w §10 pkt 2b SIWZ, zostały przez Przystępującego spełnione i zawarte w wykazie osób złożonym na wezwanie z 25 lutego 2020r, co uniemożliwiało Zamawiającemu uznanie, że Przystępujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału określonego w §10 pkt 2b SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego VIK-BUD, że opis okresu doświadczenia osób wskazanych w wykazie osób złożonym na wezwanie z 25 lutego 2020 r. poprzez zmianę słów z „co najmniej” na „powyżej”, nie może stanowić o zastosowaniu się przez Przystępującego do wyroku KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20 z 7 lutego 2020 r. wskazać należy, że w ww. wyroku Izba odniosła się do treści całego wykazu osób tj. okresu doświadczenia zawodowego, braku informacji o inwestycji, na której dana osoba pełniła funkcję kierowniczą (w tym jej zakresie), czy braku jakichkolwiek danych co do zakresu projektu wykonanego przez osobę wskazaną na stanowisko Projektanta. Informacje te zostały uzupełnione w wykazie osób złożonym na wezwanie z 25 lutego 2020 r., a Zamawiający na ich podstawie miał możliwość zweryfikowania doświadczenia osób wskazanych w wykazie osób przez Przystępującego.

Wobec powyższego, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Nie potwierdził się również zarzut Odwołującego VIK-BUD, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty Przystępującego, czym naruszył art. 91 ust. 1 Pzp. Zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp. Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Izby,

w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniała sytuacja, aby za ofertę najkorzystniejsza została wybrana oferta na podstawie innych kryteriów, niż określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zarzut należy uznać za chybiony.

Sygnatura akt: KIO 597/20

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PAGMA-BUD z postępowania w powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, w wyniku czego Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż PAGMA-BUD spełnia postawione w tym zakresie warunki zdolności technicznej (doświadczenie i kadra) oraz poprzez niewykluczenie PAGMA-BUD z postępowania pomimo, iż Wykonawca ten nie wykazał dysponowania zasobami innego podmiotów, o których mowa w art. 22a ust. 2 ustawy, na dzień złożenia oferty. W tym zakresie Izba w całości podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia w sprawie o sygn. akt KIO 550/20, wobec oparcia przedmiotowego zarzutu przez Odwołującego Climamedic na tożsamej podstawie faktycznej co zarzut Odwołującego VIK-BUD.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp poprzez niewykluczenie PAGMA-BUD z postępowania pomimo, iż Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, Izba uznała że zarzut nie został potwierdzony.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Nie można uznać, że Zamawiający został wprowadzony w błąd przez Przystępującego co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bowiem Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią SIWZ. Odwołujący Climamedic stawiając powyższy zarzut winien przedstawić dowody na potwierdzenie swojego stanowiska. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których

wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Odwołujący Climamedic nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie stawianych tez. Podczas rozprawy ograniczył się jedynie do podtrzymania zarzutu z odwołania, w którym również brak jest jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie.

Izba wskazuje, że całość zgromadzonej dokumentacji w przedmiotowym postępowaniu zaprzecza zarzutowi stawianemu przez Odwołującego Climamedic.

Wobec powyższego Izba oddaliła zarzut jako bezzasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 w związku z art. 91 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie sprostowania cen ofert uwzględniających wycenę sprzętu medycznego, będącego de facto poza zakresem postępowania, zarzut należy uznać go za chybiony.

Odwołujący Climamedic powołuje się na zmianę przez Zamawiającego zakresu objętego przedmiotem zamówienia, już po terminie składania ofert, co jednak nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji sprawy. Argumentacja przywołana w odwołaniu oraz dowody na jej poparcie, tj. pisemna odpowiedź na odwołanie z dnia 6 lutego 2020 r. w sprawie odwołania KIO 127/20 oraz KIO 141/20, protokół z rozprawy w sprawach połączonych sygn. akt: KIO 123/20, KIO 127/20 oraz KIO 141/20 oraz wyrok KIO w sprawach połączonych sygn. akt: KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20 z 7 lutego 2020 r. wbrew twierdzeniom Odwołującego Climamedic, nie potwierdzają że aparatura medyczna wbudowana na stałe w elementy budowlane zawarta w PFU, będąca elementem przedmiotu zamówienia, została po terminie składania ofert wyłączona z przedmiotu zamówienia. Wskazać należy (co zostało stwierdzone w wyroku w sprawach połączonych sygn. akt: KIO 123/20, KIO 127/20, KIO 141/20 z 7 lutego 2020 r.), „iż z uwagi na prowadzenie postępowania w formule „zaprojektuj i wybuduj” szczegółowy zakres prac, jakie wiązać się będą z instalacją gazów medycznych i pozostałej aparatury medycznej, zostanie dopiero doprecyzowany na etapie projektu budowlanego, kiedy to wydzielony zostanie konkretny zakres prac do wykonania, obejmujący elementy konieczne do instalacji wyrobów medycznych. Tak ukształtowane postanowienia SIWZ nie były przedmiotem odwołań, żaden z wykonawców nie zwrócił się także do Zamawiającego o wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie wysokości stawki VAT jaka powinna zostać zastosowana”.

Powyższe potwierdza również stanowisko Zamawiającego zawarte w przywołanych przez Odwołującego Climamedic dowodach. W żaden sposób nie można z nich wyprowadzić wniosku, że zakres objęty zamówieniem został przez Zamawiającego zmieniony już po terminie składania ofert. Zamawiający wskazuje jedynie na okoliczność, że szczegółowy zakres prac zostanie dopiero doprecyzowany na etapie projektu

budowlanego. Wykonawca winien złożyć ofertę zgodnie z treścią wskazaną w SIWZ, na cały zakres objęty przedmiotem zamówienia i przedstawić cenę odpowiadającą temu zakresowi. Odwołujący Climamedic złożył ofertę zgodną z treścią SIWZ, odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, co zostało również przyznane na rozprawie. Tym bardziej, żądanie Odwołującego w zakresie sprostowania jego i pozostałych ofert w trybie art. 87 ust. 2 Pzp, poprzedzone wezwaniem Zamawiającego do wyjaśnienia treści pozostałych, złożonych ofert w zakresie zastosowanych stawek VAT, jest niezrozumiałe.

W zakresie prawidłowej stawki VAT w przedmiotowym postępowaniu wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza ww. wyroku z 7 lutego 2020 r. zatem okoliczność ta, nie może być przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie.

Zgodnie z żądaniem Odwołującego Climamedic, Zamawiający winien wyjaśnić treść ofert (co w analizowanym stanie faktycznym będzie zrównane z negocjacjami z wykonawcami w zakresie treści złożonych ofert), a w ich wyniku dokonać zmian w treści tych ofert. Działanie takie jest niedopuszczalne, bowiem zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający nie może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Wyjątkiem są jedynie okoliczności wskazane w art. 87 ust. 1a i 2 Pzp, jednakże żadna z nich nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie. Postępowanie nie jest prowadzone w trybie dialogu konkurencyjnego, także żądanie zmiany zakresu objętego treścią oferty nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej ani rachunkowej, nie jest także inną omyłką polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty.

Wobec powyższego zarzut należy uznać za niezasadny.

W zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp Izba w całości podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części uzasadnienia w sprawie o sygn. akt KIO 550/20.

W zakresie naruszenia art. 7 Pzp, Izba nie stwierdziła prowadzenia przez Zamawiającego postępowania z naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania ze względu na brak wyczerpującego i jednoznacznego opisanie przedmiotu zamówienia, co doprowadziło do złożenia nieporównywalnych ofert z przyczyn niezawinionych przez Wykonawców, przez co postępowanie dotknięte jest niemożliwą do usunięcia wadą, wskazać należy, że zarzut został podniesiony z uchybieniem terminu na jego wniesienie.

Odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy wnieść w terminie 10 dni od zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. Ponadto Odwołujący Climamedic nie przedstawił żadnego dowodu świadczącego o tym, że z uwagi na brak wyczerpującego i niejednoznacznego opisanie

przedmiotu zamówienia w postępowaniu zostały złożone nieporównywalne oferty. Dodać należy, iż materiał zgromadzony w sprawie nie potwierdza stanowiska Odwołującego, dotyczącego nieporównywalności złożonych ofert.

W ocenie Izby nie potwierdziły się także zarzuty skutkujące koniecznością unieważnienia postępowania.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 2) oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: