

Sygn. akt: KIO 2459/12

Sygn. akt: KIO 2466/12

## WYROK

z dnia 26.11.2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **26.11.2012 r. w Warszawie** odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu **09.11.2012 r.** przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS S.A.", ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** (sygn. akt: KIO 2459/12)
- B. w dniu **09.11.2012 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania; 2) Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków z adresem do korespondencji: ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** (sygn. akt: KIO 2466/12)

w postępowaniu prowadzonym przez **Ogólnokształcącą Szkołę Muzyczną I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, ul. Łowiecka 13/17, 50-220 Wrocław** w imieniu którego działa: **Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wr. O/PZITB Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego **Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum) oraz 2) „AKME” Z..... W..... Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner konsorcjum); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2459/12** oraz o sygn. akt: **KIO 2466/12** po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS S.A.”, ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: **KIO 2466/12** po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1A. oddala odwołanie;**

**1B. oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS S.A.”, ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** i **Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania; 2) Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** z adresem do korespondencji: **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS S.A.”, ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** i **Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania; 2) Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** z adresem do korespondencji: **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS S.A.”, ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** i **Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania; 2) Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** z adresem do korespondencji: **ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków** na rzecz **Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, ul. Łowiecka 13/17, 50-220 Wrocław** w imieniu którego działa: **Wrocławskie Biuro**

**Inwestorskie Wr. O/PZITB Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, w tym kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) od **Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS S.A.", ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław** oraz kwotę **1 800 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) od **Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania; 2) Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków z adresem do korespondencji: ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu.**

**Przewodniczący:**

.....

**Sygn. akt: KIO 2459/12**

**Sygn. akt: KIO 2466/12**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Budowa nowego budynku Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego we Wrocławiu*”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2012/S 125-206790 z 03.07.2012 r. przez Ogólnokształcąca Szkołę Muzyczną I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, ul. Łowiecka 13/17, 50-220 Wrocław w imieniu którego działa: Wrocławskie Biuro Inwestorskie Wr. O/PZITB Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 74, 50-020 Wrocław zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 30.10.2012 r. Zamawiający przesłał (faxem) informacje o wyborze ofert najkorzystniejszej firmy: Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. z siedzibą we Wrocławiu (Lider konsorcjum), 2) „AKME” Z..... W..... Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (Partner konsorcjum) z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Dmowskiego 17b, 50-203 Wrocław zwanym dalej: „*Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System*” albo „*Przystępującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 oraz o sygn. akt: KIO 2466/12*” oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS S.A.”, ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław zwanego dalej: „*Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS S.A.”*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12*”, jak i Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania; 2) Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków z adresem do korespondencji: ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków zwanym dalej: „*Konsorcjum Aldes*” albo „*Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12*”.

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 - Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS S.A.":**

W dniu 09.11.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Wrocławskie Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS S.A." wniosło na podstawie art. 179 ust.1 i art. 180 ust.1 Pzp odwołanie od w/w czynności Zamawiającego. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 09.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust.3 Pzp poprzez niezastosowanie się przez Zamawiającego do czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter- System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... - Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum) z udziału w postępowaniu, określonego w odwołaniu Odwołującego w poprzednim postępowaniu przez KIO o sygn. akt KIO 1911/12. pomimo uznania przez Zamawiającego odwołania Odwołującego w całości, a tym samym niewykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 07.09.2012 r.

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W.....- Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum) do uzupełnienia oferty w celu wykazania przez Konsorcjum dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia w zakresie Kierownika Budowy pomimo, iż Konsorcjum złożyło w tym zakresie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A. - Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W.....- Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum) pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zastosowanego materiału - klej Platinum SP-KPS do ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” oraz - klej Roker W-20 do ocieplenia stropu nad garażem od spodu poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” nie spełniającego parametrów określonych w Tabeli Jakościowej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ.

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jej treść odpowiada treści SIWZ. Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:  
1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert,

2. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum firm:
  1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... - Partner Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu Odwołującego z dnia 07.09.2012r., sygn. akt 1911/12
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej
5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego według norm prawem przepisanych.

W dniu 30.10.2012 r. (faxem, pismo z dnia 30.10.2012 r.) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter - System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... - Partner Konsorcjum. W związku z powyższym w pierwszej kolejności Odwołujący podnosi, iż zamawiający nie dokonując czynności wykluczenia Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z uznanym odwołaniem Odwołującego z poprzedniego postępowania przed KIO - sygn. akt 1911/12, naruszył art. 186 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 20.06.2011 r., sygn. KIO 1245/11: *„W sytuacji umorzenia postępowania w związku z uwzględnieniem zarzutów, ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający jest zatem zobowiązany do wykonania czynności, do których zobowiązał się na posiedzeniu, a których sposób wykonania został szczegółowa wyżej opisany”*. Odwołujący żądał bowiem wykluczenia wykonawcy - Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter - System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... - Partner Konsorcjum z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na to, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe oświadczenia dotyczące wykazania, że dysponuje ono osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zgodnie z zapisem rozdz. V ust.3 pkt 4 b) Kierownik Budowy winien posiadać następujące doświadczenie i kwalifikacje: - wykształcenie wyższe - co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik budowy, w tym pełnienie co najmniej jeden raz funkcji kierownika budowy dla zadania polegającego na budowie budynku użyteczności publicznej o wartości co najmniej 20 mln zł brutto. W załączniku nr 6 - wykaz osób Konsorcjum na stanowisko Kierownika Budowy wykazało jako osobę spełniającą wymogi postawione przez zamawiającego Pana J..... S..... W celu wykazania spełnienia warunku określonego w rozdz. V ust.3 pkt 4 b) SIWZ wskazano w ramach doświadczenia zawodowego pełnienie przez Pana J..... S..... funkcji kierownika budowy m.in. na zadaniach: - *„Budowa Stadionu Miejskiego przy ul. Drzymały we Wrocławiu”* - *„Budowa kompleksu boisk do gier otwartych wraz z zapleczem dydaktyczno-naukowym na terenie Pól Marsowych w kompleksie Stadionu Olimpijskiego przy ul.*

*Mickiewicza 58 we Wrocławiu*". Odwołujący oświadczył, iż Pan J..... S..... nie pełnił funkcji Kierownika Budowy na w/w zadaniach, na których to pełnił funkcję Kierownika Robót, na dowód czego odwołujący załączył kserokopie części dzienników budowy z obu inwestycji. W dzienniku budowy inwestycji pn.: „Budowa Stadionu Miejskiego przy ul. Drzymały we Wrocławiu” na str. 1 jako Kierownik Budowy z ramienia firmy realizującej roboty etapu pierwszego wpisany jest Pan A..... P....., który obowiązki te pełnił do dnia 22 grudnia 2008r. - str. 7, natomiast na str. 9 jako Kierownik Budowy etapu drugiego inwestycji widnieje Pan M..... M....., który obowiązki te pełnił w okresie od 21 kwietnia 2009 r. do końca stycznia 2010r. Dowodem na potwierdzenie pełnienia przez Pana J..... S..... funkcji Kierownika Robót jest natomiast wpis z dnia 4 maja 2009r.- str. I pkt C. Kierownicy Robót. Z dniem 25 stycznia 2010r. Pan J..... S..... przestał pełnić funkcję Kierownika Robót - str. 47 dziennika budowy. W dzienniku budowy inwestycji pn.: „Budowa kompleksu boisk do gier otwartych wraz z zapleczem dydaktyczno-naukowym na terenie Pól Marsowych w kompleksie Stadionu Olimpijskiego przy ul. Mickiewicza 58 we Wrocławiu” na str. 2 jako Kierownik Budowy wpisany jest Pan P..... K..... Natomiast Pan J..... S..... z dniem 10.02.2010 r. wpisany jest do dziennika budowy jako Kierownik Robót budowlanych - str. 2,4, 15 dziennika budowy, co potwierdzają również wpisy na str. 15 dziennika budowy. Z uwagi na powyższe, a więc na posiadanie przez osobę sporządzającą przez Konsorcjum ofertę wiedzy, iż Pan S..... nigdy nie pełnił funkcji Kierownika Budowy na zadaniach inwestycyjnych wskazanych w niniejszym odwołaniu, bowiem zarówno Pan S....., jak i osoba odpowiedzialna za sporządzenie ofert w spółce Przedsiębiorstwo Budowlane Inter - System S.A. - Pan J..... G..... byli pracownikami Odwołującego i mieli pełną świadomość, iż dane podane w złożonej ofercie są nieprawdziwe. Zaznaczyć należy, że ustawa nie przewiduje żadnej możliwości sanowania nieprawdziwej informacji. Nie znajdziemy w treści ustawy, ani uprawnienia ani obowiązku skierowanego do Zamawiającego do wzywania Wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych. Ustawowy tryb uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określony w ustawie w art. 26 ust 3 Pzp stosowany jest tylko wtedy, gdy po stronie Wykonawcy składającego ofertę zaistniały uchybienia, których skutkiem jest niemożliwość wykazania na dzień składania ofert, że określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu spełnia (KIO 801/11, KIO 706/11, KIO/UZP 1223/09, KIO/UZP 1004/09). Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne (np. nie potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu) bądź zawierały nieścisłości. Zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp. Jednak w danym przypadku żadnych wątpliwości być nie mogło, albowiem osoba powołana na stanowisko Kierownika Budowy nigdy nim nie była na zadaniach: „Budowa Stadionu Miejskiego przy ul. Drzymały we Wrocławiu”, „Budowa kompleksu boisk do gier otwartych wraz z zapleczem dydaktyczno-

naukowym na terenie Pól Marsowych w kompleksie Stadionu Olimpijskiego przy ul. Mickiewicza 58 we Wrocławiu”, co wskazało Konsorcjum w wykazie osób - załącznik nr 6, zarówno w ofercie jak i piśmie z dnia 13.08.2012 r. „Dyrektywa 2004/18/WE nakazuje wykluczenie Wykonawcy, jeżeli „jest winny poważnego wprowadzenia w błąd” co w żaden sposób nie stoi w sprzeczności z polskim Prawem Zamówień Publicznych (zresztą w tym zakresie nie zakwestionowanym przez audyt Komisji Europejskiej). Jak już wyżej stwierdzono, informacje co do warunków udziału w postępowaniu Wykonawca podaje w sposób celowy - aby wykazać spełnienie tychże warunków, a więc podanie nieprawdziwych informacji (niezgodnych z rzeczywistością) odnośnie warunków zawsze jest działaniem zawinionym i to niezależnie od tego, czy dotyczy to oświadczenia woli samego Wykonawcy, czy też przedłożenia przez niego w ofercie dokumentów, czy informacji uzyskanych od osób trzecich. Składając ofertę w postępowaniu bierze bowiem za nią pełną odpowiedzialność. Nie może również budzić wątpliwości, że nieprawdziwe informacje co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu to poważne wprowadzenie Zamawiającego w błąd” (KIO/UZP 1004/09) Zamawiający pomimo posiadanej wiedzy na temat złożenia przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania wezwał Konsorcjum w dniu 08.10.2012 r. do uzupełnienia oferty w tymże zakresie pomimo, iż w przypadku braku złożenia przez Odwołującego odwołania w poprzednim postępowaniu z załączonej do oferty tabel i - załącznik nr 6 Zamawiający nie mógłby wywnioskować, iż złożony wykaz jest nieprawidłowy, a tym samym wezwać Konsorcjum do jego uzupełnienia co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Poprzez czynność Odwołującego - złożenie odwołania w poprzednim postępowaniu przed KIO Zamawiający posiadał wiedzę na temat złożenia nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum, a mimo to wezwał Konsorcjum do uzupełnienia oferty w tym zakresie. Zamawiający zarówno w wezwaniu do uzupełnienia oferty Konsorcjum z dnia 09.10.2012. (str. 2 wezwania) jak i w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012r. powołał się na przedłożenie przez Konsorcjum w dniu 13.08.2012 r. pisma, w którym Konsorcjum z własnej inicjatywy złożyło wyjaśnienia i nowe dokumenty w zakresie spełnienia wymogów punktu b ppkt 4) pkt 3 rozdz. V SIWZ, co też Zamawiający uznał jako nieuprawnione (co zgodne jest z orzecznictwem KIO: „Na marginesie Izba wskazuje, iż samodzielne uzupełnianie przez Wykonawców dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy p.z.p. nie poprzedzone wezwaniem Zamawiającego o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy p.z.p. nie może rodzić żadnych skutków i jest nieskuteczne” (wyrok z 28.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1521/11), i dlatego też wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia zaistniałej sytuacji oraz jednoznaczne wykazanie - przedmiotowego doświadczenia dla przedstawionej w pkt. b osoby, a w przypadku faktycznego wykazania w/w informacji do złożenia nowego wykazu osób wraz z kompletem



właściwych dokumentów jednoznacznie wykazujących spełnienie powyższego warunku, co Odwołujący w zaistniałym stanie faktycznym uznaje za spóźnione i niezgodne z prawem.

W tym miejscu Odwołujący pragnie przedstawić chronologiczny ciąg zdarzeń i nieprawidłowości, jakie miały miejsce w przypadku dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum:

1. Pierwszy wybór oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu przetargowym odbył się w dniu 29.08.2012 r., w którym to oferta Odwołującego została uznana za najkorzystniejszą, a Konsorcjum nie zostało wezwane do uzupełnienia oferty w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

2. W dniu 07.09.2012 r. Odwołujący wniósł Odwołanie od czynności Zamawiającego zarzucając mu m.in. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 poprzez nie wykluczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... - Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum) mimo, iż złożyło on nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez wpisanie nieprawdziwych informacji w zakresie dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - Kierownika Budowy.

3. Pismem z dnia 17.09.2012r. Zamawiający uznał odwołanie Odwołującego (sygn. akt KIO 1911/12) wnosząc, iż uwzględni w całości zarzuty przedstawione w niniejszym odwołaniu.

4. W dniu 19.09.2012r. postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej postępowanie Odwoławcze zostało umorzone.

5. W dniu 27.09.2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniach przystępuje do ponownej czynności badania i oceny ofert.

6. Następnie w dniu 08.10.2012r. Zamawiający wezwał Konsorcjum m.in. do wyjaśnienia zaistniałej sytuacji, tj. przedłożenie przez Konsorcjum w dniu 13.08.2012 r. pisma, w którym Konsorcjum z własnej inicjatywy złożyło wyjaśnienia i nowe dokumenty w zakresie spełnienia wymogów pkt b ppkt. 4) pkt. 3 rozdz. V SIWZ oraz jednoznaczne wykazanie - przedmiotowego doświadczenia dla przedstawionej w pkt. b osoby, a w przypadku faktycznego wykazania w/w informacji do złożenia nowego wykazu osób wraz z kompletem właściwych dokumentów jednoznacznie wykazujących spełnienie powyższego warunku.

7. Po dokonaniu ponownego wyboru ofert w dniu 30.10.2012r. Odwołujący dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum. Dopiero w tym momencie Odwołujący dowiedział się o przedłożonym przez Konsorcjum piśmie z dnia 13.08.2012r.

Na marginesie należy zaznaczyć, iż Odwołujący dokonując ofotografowania ofert Wykonawców przygotowując się do złożenia poprzedniego Odwołania (sygn. akt: KIO 1911/12) nie widział przedmiotowego pisma w aktach postępowania lub też nie zostało ono

Odwołującemu przedstawione pomimo skrupulatnego przeglądu wszystkich akt postępowania, wszystkich złożonych ofert celem ewentualnego złożenia odwołania, co też nastąpiło. Skoro więc przed wniesieniem odwołania przez Odwołującego Zamawiający posiadał wiedzę, iż treść oferty Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, winien ewentualnie w terminie między otrzymaniem stosownego pisma Konsorcjum z dnia 13.08.2012 r., a 29.08.2012 r. wezwać Konsorcjum do uzupełnienia oferty w kwestionowanym zakresie mając wystarczający na to czas. Pomimo tego nie zostało to uczynione, czym sam Zamawiający potwierdził zarzut Odwołującego, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jednakże, budzącym znaczne wątpliwości Odwołującego jest to, iż pomimo treści pierwszej strony pisma z dnia 13.08.2012 r. (które Odwołujący uzyskał w dniu 05.10.2012r., potwierdzone za zgodność z oryginałem przez pracownika Wrocławskiego Biura Inwestorskiego Wrocławskiego Oddziału PZITB Sp. z o.o.) o przekazaniu przez Konsorcjum uzupełnienia oferty o stanowisko Kierownika Budowy Pana M..... H..... oraz poprawienia doświadczenia Pana J..... S....., w treści załączonej tabeli Konsorcjum nie dokonało jakichkolwiek zmian. Załączony został bowiem załącznik nr 6 o identycznej treści jak ten, który Konsorcjum załączyło do oferty, co również potwierdza zasadność zarzutu Odwołującego. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum w uzasadnieniu swojej decyzji przyznał, iż posiadał wiedzę (przed wniesieniem odwołania przez Odwołującego) świadcząca o tym, iż w ofercie Konsorcjum Inter- System nie doszło do złożenia informacji nieprawdziwych, a Konsorcjum złożyło nowe dokumenty, jednakże w sposób nieuprawniony - co również nie jest prawdą albowiem złożone dokumenty były identyczne jak te złożone do oferty. Jeżeli uznać by, iż takową wiedzę Zamawiający posiadał, nie powinien on uznawać odwołania Odwołującego w tymże zakresie. W wyniku dokonanej analizy odwołania Zamawiający uwzględnił zarzuty Odwołującego i powinien dokonać czynności zgodnej z prawem. Odwołujący pragnie podkreślić, iż zachowanie Zamawiającego i podejmowane przez niego czynności są co najmniej wątpliwe i budzą wiele niejasności. Złożony do pisma z dnia 13.08.2012r. załącznik tabela nr 6 potwierdza jednoznacznie złożenie przez Konsorcjum nieprawdziwych informacji, które wpłynęły na wynik postępowania i tym bardziej słusznym było złożenie przez Odwołującego odwołania. Nie może być bowiem tak, iż Zamawiający w celu wyboru konkretnej oferty dokonuje czynności sprzecznej z prawem.

Wykonawca zarzuca również Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter - System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... - Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum) pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zastosowanego materiału: - klej Platinum SP-

KPS do ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra”, który to klej miał posiadać przyczepność do betonu w stanie powietrzno-suchym nie większą niż 0,30 MPa, w sytuacji gdy z karty technicznej kleju Termo Organika Platinum SP-KSP wynika, iż przyczepność ta to parametr większy równy 0,30 MPa. - klej Roker W-20 do ocieplenia stropu nad garażem od spodu poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” który to klej miał posiadać przyczepność do betonu w stanie powietrzno-suchym nie większą niż 0,30 MPa, w sytuacji gdy z karty technicznej kleju Atlas Roker W-20 wynika, iż przyczepność ta to parametr min. 0,6 MPa, niespełniający parametrów określonych w Tabeli Jakościowej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ. Dlatego też materiał zastosowany przez Konsorcjum nie spełnia wymogu określonego w tabeli jakościowej, co powoduje niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków Zamówienia. Odwołujący uznaje również za nieuprawnione dokonanie przez Zamawiającego odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.10.2012 r. Odwołujący wyjaśnił, iż „użyte sformułowanie” lub „inne równoważne” w tabeli jakościowej stanowiącej załącznik Nr 1 do SIWZ było wynikiem tylko i wyłącznie obawy Wykonawcy o ewentualne zaprzestanie przez producenta wytwarzania wskazanego przez Wykonawcę produktu. Panująca obecnie na rynku budowlanym sytuacja nie daje bowiem gwarancji, iż wskazany przez Wykonawcę produkt czy też sam producent będą istnieć na rynku w przyszłości. Wykonawca wskazując konkretny produkt w tabeli zobowiązał się do jego zastosowania i takie zobowiązanie go wiąże. Użycie powyższego sformułowania nie ma na celu zmiany elementu oferty na etapie wykonania zamówienia publicznego czy też zmiany elementów cenotwórczych. Pomimo złożenia przez Odwołującego jego zdaniem zasadnego wyjaśnienia, Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie był uprawniony do takiego zapisu, a poprzez jego zastosowanie Odwołujący pozostawił sobie możliwość zmiany na inny materiał być może tańszy lub technologicznie łatwiejszy w wbudowaniu. Odwołujący nie zgadza się jednak z tak postawioną tezą. Odwołujący wskazuje, iż w żadnym miejscu SIWZ Zamawiający nie wskazał, iż Odwołujący nie może dokonać takiego zapisu w tabeli jakościowej czy też, że można wpisać jedynie jeden produkt. Wskazał tylko, że zmianie nie będą podlegały materiały wskazane w załączniku nr 1, co nie jest jednoznaczne z niezgodnością treści oferty Odwołującego z SIWZ. Wskazując materiały konkretnych producentów i materiałów Odwołujący zobowiązał się on do ich użycia i w takim też celu dokonał konkretnych wskazań. Zamiarem Odwołującego nie było zastosowanie w późniejszym etapie innych tańszych czy też technologicznie łatwiejszych do wbudowania materiałów. Odwołujący się wniósł powyższy zapis tylko i wyłącznie z obawy o zanik produktu na rynku, z uwagi na nieprzewidzenie takiej sytuacji przez Zamawiającego. Nie można bowiem zakładać, iż taki zapis wpływa w jakikolwiek sposób na niezastosowanie przez Odwołującego na etapie realizacji inwestycji

wskazanych materiałów czy też na jego niezgodność z postanowieniami SIWZ. Na marginesie należałoby wskazać, iż każdy z potencjalnych Wykonawców zamówienia pomimo wskazania w tabeli jakościowej nazw konkretnych materiałów, na etapie realizacji będzie mógł, celem obniżenia kosztów zastosować inne materiały niż wskazane w tabeli. Taka sytuacja nie jest wykluczona. Dlatego też na Zamawiającym spoczywać będzie obowiązek nadzoru nad wykonaniem zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą. Odwołujący spełnił wymóg określony w SIWZ, uzupełnił prawidłowo tabelę jakościową a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Z ostrożności Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazał, iż w złożonych wyjaśnieniach na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.10.2012 r. Odwołujący potwierdził, iż Pracownia Archeologiczno-Architektoniczna „Niegoda” wykonała opracowanie wyników badań w formie publikacji naukowej. Nie jest to prawdą. Odwołujący w treści swoich wyjaśnień wskazał zapis: „Pracownia Archeologiczno- Architektoniczna „Niegoda”, Pan J..... N....., Wykonawca - Wrocławskie Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. nie złożyli oświadczenia w treści oferty czy też w złożonych wyjaśnieniach, iż w ramach zadania: „*Badania archeologiczno-architektoniczne podziemnych reliktyw Rynku Głównego w Krakowie*”, pracownia wykonała opracowanie wyników badań wskazanego zadania w formie publikacji naukowej. Pracownia Archeologiczno-Architektoniczna „Niegoda” była wydawcą publikacji, a autorami opracowań naukowych byli m.in. pracownicy tej Pracowni.

Zamawiający w dniu 09.11.2012 r. wezwał faxem i przesał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.11.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21.11.2012 r. (faxem), 23.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym.

Zamawiający nie naruszył art. 186 ust. 3 Pzp, bowiem wykonał czynność zgodnie z żądaniem zasadniczym sformułowanym w odwołaniu z dnia 07.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1911/12. Odwołujący żądał nie tylko wykluczenia wykonawcy, ale i dokonania ponownego badania i oceny ofert. Zaś z istoty ponownego badania i oceny ofert wynika możliwość

wzywaniu wykonawców do złożenia stosownych wyjaśnień. W tym kontekście wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień stanowiło wyraz uwzględnienia żądania w przedmiocie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy InterSystem, w zakresie zakwestionowanym w odwołaniu z 07.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1911/12. Zamawiający dokonał więc powtórnej czynności badania oferty Konsorcjum InterSystem. Zamawiający nie uznał samodzielnego uzupełnienia w dniu 13.08.2012r. przez Konsorcjum Inter-System za niezgodne z Pzp. Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo KIO: KIO1551/10: *"Natomiast Wykonawca, co do zasady, nawet bez wezwania ze strony Zamawiającego, gdy stwierdzi, iż zachodzą w stosunku do niego okoliczności wskazane w art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniony jest do uzupełnienia dokumentów."* KIO 1169/11: *„Niewątpliwie wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest czynnością zastrzeżoną dla zamawiającego, jednakże ustawa nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentu lub oświadczenia. Tym samym zamawiający nie ma podstawy prawnej do zwrotu wykonawcy dokumentu lub oświadczenia złożonego bez wezwania, nie ma także podstawy do odmowy dokonania oceny złożonego dokumentu"*, oraz KIO/UZP 37/10, KIO/UZP38/10 KIO/UZP 1333/09.

Zamawiający na tej podstawie przyjął, iż była to omyłka, która nie miała na celu podanie nieprawdziwych informacji lecz była omyłką niezamierzoną. Zamawiający z ostrożności, mając na względzie niejedolitą linię orzecznictwa w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji, a w szczególności bazując na wyroku Sądu z dnia 19.07.2012 r. (sygn. akt: IV Ca 683/12) uwzględniającego skargę Prezesa UZP na wyrok KIO z dnia 28.03.2012 r. (sygn. akt KIO 478/12), przyjął, że nawet gdyby Wykonawca nie zorientował się w swojej omyłce to i tak te dokumenty winny podlegać uzupełnieniu lub wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Wobec prawidłowego uzupełnienia dokumentów Zamawiający nie mógł wykonać drugiego żądania Odwołującego tj. wykluczenia wykonawcy Konsorcjum Inter-System bowiem byłoby to działanie niezgodne z Pzp. Takie stanowisko reprezentuje też wyrok KIO 2439/11: *„Zamawiający każdorazowo jest uprawniony do samodzielnej konwalidacji dokonanych przez siebie czynności, jak również jest zobligowany, co jednoznacznie wynika z art. 186 ust 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do powtórzenia czynności w wyniku uwzględnienia środka ochrony prawnej zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu. W obu tych przypadkach czynności powtórzone winny być zgodne z przepisami ustawy i względem tych przepisów oceniane. Nie sposób wszakże uznać, iż Zamawiający uwzględniając odwołanie ma obowiązek wykonać czynności sprzeczne z prawem*, oraz wyrok KIO 1265/11: *„W myśl art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego. W wyniku umorzenia Zamawiający*

wykonuje, powtarza lub unieważnia czynność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Przepisy ustawy Pzp nie dają Krajowej Izbie Odwoławczej możliwości badania oświadczeń stron o uwzględnieniu zarzutów w całości pod kątem ich zgodności z przepisami prawa, czy też rzeczywistą intencją zawartą w odwołaniu, zwłaszcza jeżeli brzmienie oświadczenia zamawiającego o uwzględnieniu odwołania ma charakter blankietowy. Konsekwencją takiego ukształtowania instytucji uwzględnienia odwołania jest obowiązek umorzenia postępowania odwoławczego. Wskazać należy, iż zakres orzeczenia wydawanego przez Krajową Izbę Odwoławczą i wykonanie przez Zamawiającego żądań zawartych w odwołaniu jest następstwem zakresu odwołania, czyli podniesionych w nim zarzutów. Rozpoznanie odwołania oraz zakres jego uwzględnienia jest następstwem postawionych w konkretnym stanie faktycznym i prawnym zarzutów. A zatem zawarte w odwołaniu żądania są sprzężone, korespondują z postawionymi zarzutami. Żądania sformułowane w odwołaniu należy rozpatrywać łącznie z zarzutami i ich podstawami faktycznymi. Samo zaś uwzględnienie dotyczy zarzutów nie żądań odwołania. Nie można zatem rozpatrywać uwzględnienia odwołania wyłącznie w odniesieniu do obowiązku wykonania żądań, w oderwaniu od uzasadniających te żądania zarzutów. Żądania są bowiem podsumowaniem postawionych zarzutów. Wskazują kierunek działania w kontekście postawionych zarzutów. Obowiązek wykonania żądań musi być rozpatrywany przez pryzmat zarzutów uzasadniających żądania. Taki wniosek płynie również z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, z którego wynika, że Izba związana jest w ramach orzekania zarzutami, nie żądaniami. Odmienne stanowisko mogłoby prowadzić do sytuacji, gdzie zamawiający uwzględniając zarzuty zobowiązany byłby do wykonania każdego żądania, nawet prawnie niedopuszczalnego lub w ogóle niemożliwego do wykonania". Zamawiający, jeśli postanowił uznać w całości zarzuty, w świetle powyższych rozważań, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom Odwołującego. Dokonując jednak czynności, których wykonanie ma stanowić spełnienie żądania uznanego w całości odwołania, Zamawiający musi jednak mieć na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy o udzielenie zamówienia, która nie będzie obciążona żadną wadą. Dlatego też podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia powinien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom Odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów Pzp. W innym przypadku może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności, zaś obciążona wadą umowa może zostać unieważniona.

Zamawiający korzystając z dyspozycji art. 87 ust. 1 wezwał Konsorcjum Inter-System do złożenia wyjaśnień w zakresie zakwestionowanego odwołaniem Wrobisu z dnia 07.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1911/12 zastosowanego materiału w części 4 dotyczącej „ocieplenia stropu nad garażem” tabeli jakościowej dotyczącej płyty Paroc FAS B. Składając

wyjaśnienia poparte stosownymi dokumentami, Konsorcjum Inter-System potwierdziło, iż spełnia wymogi rozdz. V pkt 3 ppk 4) b SIWZ, oraz że wskazana płyta spełnia wymogi jakościowe (złożona aprobatą techniczną). Tymczasem w obecnym odwołaniu z dnia 09.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2459/12 Odwołujący Wrobis podnosi zupełnie inny materiał jako niezgodny z SIWZ, tj. klej Platinum SP-KPS do ocieplania ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” oraz klej Roker W-20 do ocieplenia stropu nad garażem jako niespełniające wymogów określonych w tabeli jakościowej SIWZ. Zamawiający uznaje odwołanie złożone w tym zakresie jako złożone po terminie. Oferta Konsorcjum Inter-System została już w pierwszej ocenie (wybór oferty z dnia 29.08.2012 r.) uznana za ważną i niepodlegająca odrzuceniu. Tak więc czynność Zamawiającego polegająca na ocenie oferty Konsorcjum Inter-System w zakresie materiałów: klej Platinum SP-KPS do ocieplania ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” oraz klej Roker W-20 do ocieplenia stropu nad garażem i uznania ich za spełniające warunki jakościowe została usankcjonowana informacją o wyborze oferty z dnia 29.08.2012 poprzez nieodrzućenie oferty Inter-Systemu. Termin na wniesienie odwołania (art. 182 ust. 3 pkt 1 Pzp) liczy się od dnia w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia a w tym przypadku był to dzień 29.08.2012. Dokonana przez Zamawiającego powtórna ocena oferty Inter-System dotyczyła tylko zakwestionowanych odwołaniem z dnia 07.09.2012, sygn. akt: KIO 1911/12 zarzutów, tj. w zakresie niezgodności z SIWZ materiału w cz. 4 dotyczącej „ocieplenia stropu nad garażem” tabeli jakościowej dotyczącej płyty Paroc FAS B. Jeżeli Odwołujący Wrobis dopatrył się jeszcze innych niezgodności z treścią SIWZ należało już w odwołaniu z dnia 07.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1911/12 uwzględnić ten zarzut. Termin na wniesienie odwołania nie może być przywrócony na skutek działań wykonawcy zmierzających do wnoszenia odwołania aby uzyskać kolejny termin dla nowych zarzutów. Na marginesie należy jednak wskazać że oceniając tabelę jakościową Konsorcjum Inter-System Zamawiający posłużył się opinią rzeczoznawcy budowlanego, który nie stwierdził iż w/w materiały nie spełniają wymogów jakościowych. Na potwierdzenie tego Zamawiający przedstawia niniejszą opinię.

Zamawiający nie zgadza się też z argumentacją Odwołującego w zakresie odrzucenia jego oferty na podst. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp wobec wstawienia przy opisie każdego z materiałów dopisku: „lub inne równoważne”. Zamawiający podtrzymuje, iż taki zapis jest niezgodny z SIWZ. W rozdz. III ust. 1 SIWZ zapisano: „Dobre przez projektanta materiały i technologie konkretnych producentów Zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust 3 ustawy Pzp jako określenie parametrów przedmiotu zamówienia za pomocą podania standardu, dopuszczając do zastosowania (zastosowania w ofercie) inne odpowiedniki rynkowe, równoważne ze wskazanymi, z zastrzeżeniem jednak, że nie będą one gorsze pod

względem parametrów technicznych i jakościowych od wskazanych przez projektanta, zagwarantują uzyskanie takich samych (lub lepszych) parametrów technicznych oraz będą posiadać niezbędne atesty i dopuszczenia do stosowania. Zmianie nie będą podlegać materiały wskazane w załączniku nr 1 do SIWZ", Zapis „lub inne równoważne” jednoznacznie wskazuje na fakt iż wykonawca przewiduje taką zmianę.

Zapis ten jest również niezgodny z pkt 9 rozdz. XI SIWZ: „Oferty powinny być jednoznaczne”. Poprzez wstawienie takiego zapisu brak jest w ofercie jednoznacznego wskazania jakie produkty zostały zaoferowane. Jakkolwiek rzeczywiście z tabeli jakościowej nie wynika, że wykonawca miał obowiązek wpisania jedynie jednego produktu, to w przypadku wpisania kilku produktów w danym zakresie z podaniem ich nazwy /producenta/ rodzaj /typ materiału/symbolu spełniających wymogi jakościowe, nie zostałyby uznane przez Zamawiającego za niezgodność z SIWZ. Tak stało się przecież w przypadku materiału do ocieplenia stropu nad garażem (poz. 4 tabeli jakościowej), gdzie Odwołujący Wrobis podał dwa rodzaje kleju. Wpisanie jednak w każdej pozycji nieokreślonego materiału nazwanego przez Odwołującego „lub inne równoważne” jest niezastosowaniem się do wymogów SIWZ.

Zamawiający nie mógłby wykreślić lub uznać za nieznaczący zapis „lub inne równoważne” w kontekście poprawy dopuszczalnej art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp gdyż na podstawie wyrok SO w Warszawie z dnia 21.01.2010 r., sygn. akt: V Ca 1051/10: „artykuł 87 ust 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp, lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki” - zapis „lub równoważne” jest celowym działaniem a nie omyłką.

Orzecznictwo wskazuje również, iż: „z treści art. 87 ust 2 pkt 3 zd, 2 wynika, iż zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu. (...) Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek ponadto zaburzyłoby zasadę wyrażoną w art. 7 ust 1 Pzp prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna.”

Co prawda Zamawiający wezwał do wyjaśnień celu umieszczenia takiego zapisu jednak nie uznał argumentacji Wykonawcy, ponieważ pominięcie tego zapisu miałyby charakter zmiany istotnej, gdyż w znaczącym stopniu zmieniało treść oświadczenia woli wykonawcy. Stanowisko takie podziela też wyrok KIO 320/12: „Tym samym wyjaśnienie treści oferty z zastosowaniem regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp musi mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty, zawartych w niej oświadczeń i informacji i dotyczyć tylko tych elementów oferty, które są nie jasne. W żadnym wypadku instytucja wyjaśnień nie



może prowadzić do usunięcia wad oferty, stanowiących o jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Z kolei procedura określona przepisem art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy poprawiania w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, jednakże niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Izba zauważa oczywiście, że wskazany art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie określa enumeratywnego katalogu możliwych do poprawienia niezgodności i posługuje się nieostrą kategorią „istotności”, jednakże - tak jak wskazuje się w orzecznictwie w tym także orzecznictwie KIO - poprawienie omyłki w ofercie nie może stanowić w konsekwencji wytworzenia nowego oświadczenia woli wykonawcy, odmiennego de facto od pierwotnego, celem doprowadzenia do zgodności z wymaganiami specyfikacji w tych przypadkach, gdy brak takiej zgodności powodowałby podstawę do odrzucenia takiej oferty. Izba zwraca także uwagę, że modyfikacje wprowadzane do oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 nie mogą służyć usunięciu wątpliwości interpretacyjnych. Takiemu celowi służy procedura wyjaśnień, o których stanowi wskazany art. 87 ust 1 ustawy Pzp. jednakże procedura wyjaśnień - w świetle ustawy Pzp - nie może polegać na skreślaniu postanowień niezgodnych ze specyfikacją lub ich zastępowaniu w brzmieniu wymaganym specyfikacją.

Zamawiający rozumie iż w obecnej chwili odwołujący próbuje w celu ratowania swojej oferty użyć wszelkich argumentów (zaprzestanie produkcji, obniżenie kosztów wykonania, zmiany w trakcie realizacji itp.), jednak Zamawiający nie jest uprawniony by te uzasadnienia przyjąć.

**Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12 - Konsorcjum firm: 1) Aldesa Construcciones S.A., c/Bahia de Pollensa 13, 28-042 Madryt, Hiszpania; 2) Aldesa Nowa Energia Sp. z o.o., ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków z adresem do korespondencji: ul. Dekreta 24, 30-703 Kraków:**

W dniu 09.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Aldesa wniosło na podstawie art. 189 ust.1 i nast. Pzp odwołanie od w/w czynności Zamawiającego. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 08.11.2012 r. (faxem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty,
- naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez jego niezastosowanie, ewentualnie:
- naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez jego niezastosowanie.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, uznania, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, ewentualnie, że Odwołujący potwierdził spełnianie przez oferowane roboty budowlane warunków określonych przez Zamawiającego oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania

wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący nie zgadza się z dokonana przez Zamawiającego oceną jego oferty i podnosi, iż odrzucenie oferty Aldesa jest bezpodstawne i narusza Pzp. Przede wszystkim należy podkreślić, iż zgodnie z rozdz. XI pkt 13 e) SIWZ i ostatnim akapitem w załączniku nr 1 odrzuceniu podlegała oferta, w której wykonawca nie wypełnił tabeli. Odwołujący wskazuje zatem, że tabela jakościowa w załączniku nr 1 oferty Aldesa została wypełniona. Jedynym „*uchybieciem*” jest to, iż dla pozycji dotyczącej płyty styropianowej nie podano informacji dotyczących nazwy producenta, rodzaju, typu i symbol oferowanego materiału. Należy jednak zauważyć, iż kwestia ta była przedmiotem wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. W wyjaśnieniach tych Odwołujący podał informacje wymagane przez Zamawiającego. Pomimo udzielenia stosownych wyjaśnień, Zamawiający stwierdził, iż nie może ich uznać, gdyż prowadzą do niedozwolonego uzupełnienia oferty, o materiał którego w ogóle nie podano, a nadto, iż nie ma podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem nie można uznać podania informacji o producencie/rodzaju/typie i symbolu materiału za nieistotną zmianę treści oferty. Przede wszystkim Odwołujący wskazuje, iż nieporozumieniem jest stwierdzenie Zamawiającego, iż w ofercie nie podano oferowanego materiału, które to stwierdzenie sugeruje, iż Odwołujący nie zaoferował wykonania robót budowlanych przy użyciu płyty styropianowej, lub przy użyciu płyty o parametrach innych niż wymagane przez Zamawiającego. Podkreślił, że Odwołujący składając ofertę zadeklarował realizację zamówienia przy użyciu materiałów o parametrach wymaganych przez Zamawiającego. Po pierwsze wynika to z faktu złożenia przez Aldesa w ofercie (str. 1) oświadczenia: *„Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie i na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia za cenę ...”* Po drugie, Odwołujący w treści formularza ofertowego (str. 2) zaakceptował bez zastrzeżeń wzór umowy i zobowiązał się do realizacji zamówienia na zasadach w tej umowie określonych. Jak wynika zaś z § 1 ust. 3 wzoru umowy zakres przedmiotu został opisany m.in. w SIWZ, a z § 5 ust. 2 wzoru umowy - do wbudowania mogą być użyte tylko takie materiały, które odpowiadają wymogom dokumentacji projektowej. Tym samym Odwołujący zobowiązał się do wykonania zamówienia przy użyciu materiałów (w tym także płyty styropianowej) zgodnych z SIWZ. Nie może zatem budzić wątpliwości, iż Odwołujący zobowiązany będzie do zastosowania materiałów zgodnie z treścią SIWZ i dokumentacji projektowej, w sposób czyniący zadość wymaganiom zawartym w SIWZ, nawet jeżeli nie podał informacji o producencie, itp. określonego materiału. W końcu, zgodnie z postanowieniami wzoru umowy (§ 4 ust. 1) wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Oznacza to, że każdy wykonawca jest zobowiązany do realizacji zamówienia za podaną cenę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, nawet jeżeli nie skalkulował określonego zakresu prac czy określonych materiałów. Potwierdza to orzecznictwo KIO, w tym m. in. wyrok o sygn. akt

1788/11, w którym Izba stwierdziła: „Zgodnie z treścią art. art. 647 Kc, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Na mocy art. 649 Kc, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca w analizowanym postępowaniu obowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, a nie załączonymi do oferty tabelami pomocniczymi. Brak w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji (skumulowanie ich pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac/zastosowania materiałów świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1114/09, KIO/UZP 1129/09)”

Nawet zatem, gdyby rzeczywiście Odwołujący skalkulował materiał niezgodny z siwz (czemu zdecydowanie zaprzecza), to i tak byłby zobowiązany do użycia materiału odpowiadającemu SIWZ. W świetle powyższego podnieść należy, iż Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia przy użyciu materiałów spełniających wymagania Zamawiającego. Nie może być zatem mowy o niedozwolonym uzupełnieniu oferty o materiał, którego w niej nie wskazano. Materiał ten był bowiem w ofercie uwzględniony. Jedynym „uchybieciem” Odwołującego jest zatem nie wskazanie w tabeli jakościowej informacji o producencie, itp. płyty styropianowej. Uchybienie to stanowi niezamierzoną omyłkę, nadającą się do poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co Zamawiający mógł stwierdzić po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego, w których podano informację o producencie, itp. przedmiotowej płyty. Jak wskazuje KIO, w wyroku o sygn. akt KIO 556/12: „(...) zdaniem Izby zasadą jest, że wykonawca chce złożyć ofertę zgodnie z siwz, a niezgodności, które popełnia, stanowią niezamierzone omyłki. Okoliczność ta podlega weryfikacji, bowiem wykonawca musi wyrazić zgodę na poprawienie niezgodności. Jeśli jego zamiarem było złożenie oświadczenia woli (oferty) nieodpowiadającego siwz, nie wyraził zgody na poprawienie stwierdzonej niezgodności, a jego oferta będzie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp. Weryfikacji charakteru niezgodności treści oferty z treścią siwz służy także procedura wyjaśniania treści oferty opisana w art. 87 ust. 1 Pzp, która może poprzedzać dokonanie poprawek w treści oferty wykonawcy. Z żadnego bowiem przepisu ustawy, w szczególności z regulacji zawartych w art. 87 Pzp, nie wynika zakaz poprzedzenia takiego poprawienia wezwaniem do wyjaśnień treści oferty, jak również zakaz

*skorzystania w tym celu z otrzymanych w ich wyniku informacji". Jak zostało wskazane przez Izbę w wyroku z 05.08.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 959/09: „zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 jak najbardziej może zostać poprzedzone wyjaśnieniami, o których stanowi ust. 1 przywołanego przepisu, zmierzającymi do ustalenia rzeczywistej treści oferty oraz charakteru i rodzaju, czy samej potrzeby wprowadzenia ewentualnych zmian w jej treści" (tak też wyrok KIO z dnia 12 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1366/11 oraz wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11)".*

Z kolei w wyroku o sygn. akt: KIO/UZP 70/09 Izba wskazała, że sytuacji, gdy w ofercie brakuje pewnych informacji (w tym wypadku ceny dla określonej pozycji w kosztorysie), Zamawiający powinien „zwrócić się do wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 ustawy i zażądać wyjaśnień odnośnie złożonej oferty w zakresie wskazania wartości wyceny brakującej pozycji nr 53, a następnie dokonać poprawienia oferty w tym zakresie w trybie art. 87 ust.2 pkt 3) niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę."

Przywołał wyrok o sygn. akt: KIO 2000/11, KIO 2011/11 w którym wskazano „Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi bowiem, iż „Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”, nie uzależniając możliwości poprawienia omyłek od rodzaju zamówienia (...). Wprowadzenie tego przepisu miało bowiem na celu uniknięcie przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek. Omyłka - w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - niekoniecznie musi mieć charakter oczywisty. Dopuszczalne jest bowiem również poprawienie omyłek, które nie mają takiego charakteru, o ile tak dokonana poprawa nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty. Natomiast o tym, czy dana zmiana ma charakter istotny czy też nie, należy rozstrzygać każdorazowo biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy, gdyż przepis ten dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń itp., o ile mieszczą się one w pojęciu "omyłki".

W świetle orzecznictwa KIO nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający był uprawniony do poprawienia omyłki w ofercie Aldesa poprzez wpisanie do niej podanych w wyjaśnieniach informacji, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie może też budzić wątpliwości to, że poprawienie oferty poprzez dopisanie informacji o producencie, itp. płyty styropianowej nie prowadzi do istotnej zmiany treści oferty. Jak już bowiem wyżej uzasadniono, wskazanie przedmiotowych informacji nie skutkuje zaoferowaniem innego materiału niż w pierwotnym brzmieniu oferty, a nadto nie ma żadnego wpływu na cenę oferty. Jedynym elementem treści oferty który ulegnie zmianie jest wskazanie brakujących informacji o producencie, itp. zaoferowanego materiału. Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który Zamawiający wskazał jako podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Jeżeli więc zachodzą przesłanki określone w art. 87 ust.

2 pkt 3 Pzp, odrzucenie oferty nie może nastąpić. W przedmiotowej sprawie Zamawiający, pomimo iż zachodziła podstawa do poprawienia omyłki w ofercie Aldesa na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego. Czynność Zamawiającego została więc dokonana z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i powinna być unieważniona.

W ocenie Odwołującego, „*uchybie*nie”, które stało się przyczyną odrzucenia oferty Aldesa spełnia przesłanki określone w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i Zamawiający winien przepis ten zastosować, tj. poprawić ofertę Aldesa.

Alternatywnie Odwołujący wskazuje, iż w jego ocenie zasadne jest także uznanie, iż wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu, w których podano informacje dotyczące płyty styropianowej stanowią w istocie uzupełnienie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp. Wskazał, iż jak wynika z treści formularza ofertowego tabela jakościowa miała służyć potwierdzeniu, iż oferowane materiały spełniają wymagania Zamawiającego. Należy zatem zauważyć, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (...) albo złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...) do ich złożenia w wyznaczonym terminie (...). Art. 25 ust. 1 Pzp dotyczy zaś nie tylko tzw. dokumentów podmiotowych, ale także przedmiotowych, tj. potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W świetle stanowiska orzecznictwa i doktryny nie budzi wątpliwości, iż zamawiający ma swobodę w określaniu, jakie dokumenty służyć mają potwierdzeniu, iż oferowane przez wykonawcę dostawy, usługi, roboty budowlane spełniają jego wymagania. W przypadku przedmiotowego postępowania - na mocy wyraźnego postanowienia SIWZ (zapis w tabeli jakościowej przygotowanej przez zamawiającego) - Zamawiający nadał tabeli jakościowej charakter dokumentu potwierdzającego, iż oferowane materiały spełniają jego wymagania, a zatem dokumentu, o jakim mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zatem w przypadku ustalenia przez Zamawiającego, że wykonawca nie złożył w ofercie tabeli jakościowej lub że złożona przez wykonawcę tabela zawiera uchybienia, Zamawiający powinien zastosować art. 26 ust. 3 Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż możliwe jest uznanie, że wezwanie Zamawiającego do udzielenia wyjaśnień w zakresie tabeli jakościowej z dnia 08.10.2012 r. zostało dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto, jak wynika z orzecznictwa, uzupełnienie dokumentu może nastąpić również bez wezwania (sygn. akt: KIO/UZP 37/10, sygn. akt: KIO/UZP 38/10, sygn. akt: KIO/UZP 1333/09).

W związku z tym, udzielenie odpowiedzi Zamawiającemu, w którym Odwołujący podał informacje jakich brakowało w pierwotnej wersji tabeli jakościowej może być uznane za jej uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W szczególności, w ocenie Odwołującego, wobec uzyskania przez Zamawiającego przedmiotowych informacji, nie ma już potrzeby ponownego

wzywania Aldesy do przedłożenia tabeli jakościowej.

Zamawiający w dniu 09.10.2012 r. wezwał faxem i przesał kopie odwołania w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.11.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 12.11.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) Wrocławskie Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego Nr 2 "WROBIS S.A." zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 22.11.2012 r. (faxem), 23.11.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Zamawiający podtrzymał, że tabela jakościowa załączona do formularza ofertowego Odwołującego nie została wypełniona w całości, wobec czego zgodnie z rozdz. XI pkt 13 e) SIWZ i ostatnim akapitem załącznika 1 podlega odrzuceniu. Zamawiający nadal stoi na stanowisku, że w tabeli jakościowej nie wpisano materiału na:

1. Ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra”:

- (b) dla płyty styropianowej - deklarowany współczynnik  $\lambda_D$  nie większy niż 0,032 W/mK

Zamawiający stoi również na stanowisku, że nieprawdą jest jakoby w swojej ofercie Odwołujący wskazał wymagany materiał, a brak jest podania jedynie producenta. Gdyby wystąpiła taka okoliczność Zamawiający uznałby to tylko za doprecyzowanie oferty. Jednak w ofercie brak jest wpisania w ogóle tego materiału a w ramach wyjaśnień wykonawca zaproponował materiał nowy, który w ogóle nie znalazł się w dniu złożenia oferty w tabeli formularza ofertowego. Taki brak należy jednoznacznie zakwalifikować do niezgodności oferty z SIWZ co potwierdziło KIO w unieważnionym wcześniej postępowaniu a dotyczącym tego samego przedmiotowego postępowania KIO 117/12 oraz KIO 937/12. Zapisy SIWZ

z poprzedniego przetargu nie zmieniły się w stosunku do zapisów SIWZ w przedmiotowym postępowaniu ani w zakresie treści oświadczenia o wykonaniu zamówienia w terminie i na warunkach określonych w SIWZ (...), ani treści formularza ofertowego z zapisem o akceptacji bez zastrzeżeń wzoru umowy, ani w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego, dlatego też należy przyjąć iż Zamawiającemu nie wolno zmienić stanowiska co do sposobu oceny oferty w niniejszym postępowaniu. Wskazane przez Odwołującego wyroki KIO 1788/11, KIO/UZP 1114/09, KIO/UZP 1129/09 nie są tożsame z zaistniałą w przedmiotowym postępowaniu sytuacją. Zamawiający nie mógłby dopisać samodzielnie tego materiału w kontekście poprawy dopuszczalnej art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp gdyż na podstawie wyrok SO w Warszawie z dnia 21.01.2010 r., sygn. akt: V Ca 1051/10: *„artykuł 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprowadzony w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucenia ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki” - brak wskazania nazwy/ producenta/ rodzaj/ typ materiału/symbolu nie mieści się w pojęciu omyłki lub drobnego błędu. Orzecznictwo wskazuje również iż: „z treści art. 87 ust.2 pkt 3 zd. 2 wynika, iż zmiana oferty przez zamawiającego jest dokonywana samodzielnie przez niego bez ingerencji ze strony wykonawcy, a dopiero po dokonaniu poprawek zawiadamia się wykonawcę o ich dokonaniu. (...) Prowadzenie negocjacji w celu ustalenia treści poprawek ponadto zaburzyłoby zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dlatego z oczywistych względów jest taka praktyka jest niedopuszczalna.”*

Przedmiotowa tabela ma charakter przedmiotowo istotny i dlatego Zamawiający umieścił ją jako część formularza ofertowego, a zatem jej treść podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z treścią SIWZ. Tym samym zasadnym jest podkreślenie, iż Wykonawca Konsorcjum Aldesa, wbrew wiążącym go wymogom ostatniego akapitu tabeli „Nie wypełnienie powyższej tabeli skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy”, nie wypełnił jej w całości pomijając materiał wskazany na płytę styropianową. Skoro treść SIWZ to przede wszystkim opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego to treść oferty stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego oznaczonego świadczenia, jeśli z wykonawcą zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego.

Ustosunkowując się do przedstawionych argumentów w sprawie alternatywnej możliwości „naprawy” oferty polegającej na uzupełnieniu oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp

zamawiający stwierdza, iż: Pomimo zapisu na w nagłówku tabeli jakościowej: „*Na potwierdzenie, że oferowane materiały lub urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego składamy następującą tabelę*” wskazaną tabelę nie została zakwalifikowana przez Zamawiającego do dokumentów potwierdzających spełnienie warunku z art. 25 ust. 1 pkt 2, a tym samym podlegającym uzupełnieniu lub wyjaśnieniu zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Tabela ta nie mieści się w katalogu wymienionym w § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy (...) z dnia 30 grudnia 2009 r. (DZ. U. Nr 226 poz. 1817). Zamawiający nie umieścił jej też w rozdz. V: *Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków*” ani w rozdz. VI: *„informacja o oświadczeniach lub dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wskazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania”*. To, że tabela jest częścią oferty, a nie dokumentem określonym w art. 25 ust. 1 pkt 2 wskazuje zapis rozdz. XI pkt 13 e) SIWZ. Dlatego (mimo zapisu na wstępie tabeli) nie należy uznać, że mamy do czynienia z dokumentem przedmiotowym, uzupełnianym w trybie art. 26 ust. 3 Pzp; o powyższym decyduje charakter danego dokumentu - jakie treści on zawiera w kontekście określonego stanu faktycznego w danej konkretnej sprawie (porów. KIO 1960/11, KIO 1637/11,1550/11,1338/09,1346/09,1347/09).

Ponadto Zamawiający stwierdza jednoznacznie, iż uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp podlegają wyłącznie dokumenty podmiotowe i przedmiotowe oraz pełnomocnictwa, a zastosowanie tego trybu w odniesieniu do spełniania przez ofertę merytorycznych wymagań postawionych przez Zamawiającego w SIWZ nie jest dopuszczalne. Oferta podlega wyjaśnianiu w zakresie dotyczącym jej treści zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, czy też poprawieniu zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp (z którego to prawa Zamawiający nie skorzystał, iż uznał, że prowadziło by to jedynie do nieuprawnionej zmiany oferty), natomiast treść oferty nie może być w toku postępowania zmieniona ani uzupełniana z wykorzystaniem procedur określonych w art. 26 ust. 3 Pzp. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do oferowanego zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ (tak też wyrok KIO z KIO/UZP 360/10).

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.10.2012 r. sprawy o sygn. akt: KIO 2459/12 oraz sygn. akt: KIO 2466/12 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.



Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ z dnia 03.07.2012 r., informacjami nr 1 do 3 stanowiącymi dopowiedzi na pytania, odpowiedziami na pytania z poprzedniego/unieważnionego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, ofertą Konsorcjum Aldesa, WROBIS oraz Konsorcjum P.B. Inter-System, pismem Zamawiającego z dnia 17.09.2012 r., postanowieniem KIO z dnia 19.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1895/12, sygn. akt: KIO 1905/12, sygn. akt: KIO 1911/12, informacją o unieważnieniu czynności – pismo z dnia 27.09.2012 r., pismem z dnia 13.08.2012 r. Konsorcjum P.B. Inter-System (Przystępujący w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12) wraz z załącznikami, wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r., wobec Konsorcjum Aldesa (Odwołujący w sprawie KIO 2466/12), wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r., wobec WROBIS (Odwołujący w sprawie KIO 2459/12 oraz Przystępujący w sprawie KIO 2466/12), wezwaniem Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r., wobec Konsorcjum P.B. Inter-System (Przystępujący w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12), odpowiedzią Konsorcjum Aldesa (przekazaną 12.10.2012 r.) wraz załącznikiem, odpowiedzią Konsorcjum P.B. Inter-System z dnia 10 i 12.10.2012 r. wraz z załącznikami do pierwszego z pism oraz odpowiedzią WROBIS z dnia 12.10.2012 r., wyborem oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012 r., odwołaniem w sprawie KIO 2459/12 wraz z załącznikami oraz odwołaniem w sprawie KIO 2466/12, przystąpieniem w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12, jak i przystąpieniem w sprawie KIO 2466/12, odpowiedzią na odwołanie w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12 wraz z załącznikiem do drugiej odpowiedzi, złożonymi na rozprawie przez WROBIS kopiami wyciągów z dzienników budów (dwóch), po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustaliła, że Wykonawcy wnoszący oba odwołania posiadali interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający ich do złożenia odwołań.

Konsorcjum Aldesa oraz WROBIS, których oferty były cenowo odpowiednio na pierwszym oraz drugim miejscu w rankingu złożonych ofert, a zostały odrzucone i nie podlegały klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, mają szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Naturalnie odnosząc się do niniejszej kwestii, w obu odwołaniach niezależnie.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody: z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 117/12, sygn. akt: KIO 425/12 oraz KIO 937/12 – poprzednie unieważnione postępowanie ogłoszone w publikatorze unijnym - 26.07.2011 r., nr 2011/S 141-233970, jak i o sygn. akt: KIO o sygn. akt: KIO 1894/12, sygn. akt: KIO 1905/12, sygn. akt: KIO 1911/12 oraz KIO 2459/12, sygn. akt: KIO 2466/12 – aktualne postępowanie ogłoszone w publikatorze unijnym nr 2012/S 125-206790 z 03.07.2012 r., postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ z dnia 03.07.2012 r., informacji nr 1 do 3 stanowiącymi dopowiedzi na pytania, odpowiedzi na pytania z poprzedniego/unieważnionego postępowania na ten sam przedmiot zamówienia, oferty Konsorcjum Aldesa, WROBIS oraz Konsorcjum P.B. Inter-System, pisma Zamawiającego z dnia 17.09.2012 r., informacji o unieważnieniu czynności – pismo z dnia 27.09.2012 r., pisma z dnia 13.08.2012 r. Konsorcjum P.B. Inter-System (Przystępujący w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12) wraz z załącznikami (oryginał przedłożony na rozprawie przez Zamawiającego na okres wydania orzeczenia) – wykazem osób /zał. nr 6 do SIWZ/, stwierdzeniem przygotowania zawodowego z dnia 15.11.1995 r. i umową o współpracy (w tym zakresie Izba zastrzega, że przedłożono umowę współpracy z X 2012 r./, wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r., wobec Konsorcjum Aldesa (Odwołujący w sprawie KIO 2466/12), wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r., wobec WROBIS (Odwołujący w sprawie KIO 2459/12 oraz Przystępujący w sprawie KIO 2466/12), wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r., wobec Konsorcjum P.B. Inter-System (Przystępujący w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12), odpowiedzią Konsorcjum Aldesa (przekazaną 12.10.2012 r.) wraz załącznikiem (wykazem osób), odpowiedzi Konsorcjum P.B. Inter-System z dnia 10 i 12.10.2012 r. wraz z załącznikami do pierwszego z pism (wykaz osób, stwierdzenie przygotowania zawodowego z dnia 15.11.1995 r., umowa o współpracy z 09.10.2012 r., kopia Rekomendacji Technicznej ITB RT ITB – 1222/2011) oraz odpowiedzi WROBIS z dnia 12.10.2012 r., wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012 r., odwołania w sprawie KIO 2459/12 wraz z załącznikami (kopia wyciągu z tabeli jakościowej Konsorcjum P.B. Inter-System, kopia tabeli technicznej Platinum SP-KPS i Roker W-20, kopia pisma Konsorcjum P.B. Inter-System z dnia 13.08.2012 r. z wykazem osób do tego pisma) oraz odwołania w sprawie KIO 2466/12, przystąpienia w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12, jak i przystąpienia w sprawie KIO 2466/12, odpowiedzi na odwołanie w sprawie KIO 2459/12 oraz w sprawie KIO 2466/12 wraz z załącznikiem do drugiej odpowiedzi (kopia opinii rzeczoznawcy budowlanego).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu w toku rozprawy.

Izba nie dopuściła jako dowodu w sprawie następujących dokumentów złożonych na rozprawie przez Przystępującego do obu odwołań.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że oba odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 oraz w sprawie o sygn. akt: 2466/12 podlegają oddaleniu.

### **Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12:**

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 186 ust. 3 Pzp poprzez niezastosowanie się przez Zamawiającego do czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter- System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W..... - Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum) z udziału w postępowaniu, określonego w odwołaniu Odwołującego w poprzednim postępowaniu przez KIO o sygn. akt KIO 1911/12. pomimo uznania przez Zamawiającego odwołania Odwołującego w całości, a tym samym niewykonania czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu z dnia 07.09.2012 r.

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum firm: 1. Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System S.A.- Lider Konsorcjum oraz „AKME” Z..... W.....- Partner Konsorcjum (zwane dalej Konsorcjum) do uzupełnienia oferty w celu wykazania przez Konsorcjum dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia w zakresie Kierownika Budowy pomimo, iż Konsorcjum złożyło w tym zakresie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Z uwagi na ich charakter i wzajemne powiązanie Izba odniesie się do tych zarzutów łącznie. W zakresie pierwszego z zarzutów, Izba uznaje, że mimo potwierdzenia w tym zakresie, biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp zmuszona jest oddalić, mimo stwierdzonego naruszenia, zarzut, a w konsekwencji całe odwołanie. Odnośnie drugiego zarzutu, Izba generalnie uznała że brak jest wiarygodnych i nie budzących wątpliwości podstaw do uznawania, że Konsorcjum P.B Inter-System złożyło celowo i z zamiarem wprowadzenia w błąd nieprawdziwe informacje w zakresie p. J. S..... w ramach wykazu osób, w konsekwencji oddalając również przedmiotowy zarzut.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający pismem z dnia 17.09.2012 r. uwzględnił odwołania o sygn. akt: KIO 1895/12, sygn. akt: KIO 1905/12, sygn. akt: KIO 1911/12 stwierdzając, że: „(...) choć jest każdorazowo uprawniony do samodzielnej konwalidacji dokonanych przez siebie czynności w związku z wniesieniem odwołania, to czynności powtórzone winny być zgodne z przepisami ustawy i względem tych przepisów oceniane. Przy czym Zamawiający nie uznaje, iż uwzględniając odwołanie ma obowiązek wykonywać czynności sprzeczne z prawem.(...)”/ za postanowieniem KIO z dnia 19.09.2012 r., sygn. akt: KIO 1895/12, sygn. akt: KIO 1905/12, sygn. akt: KIO 1911/12/. W dniu 27.09.2012 r. przekazał informacje o unieważnieniu czynności – pismo z dnia 27.09.2012 r. Następnie, Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r., Konsorcjum P.B. Inter-System: „Na podstawie art. 26 ust. 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) - zwanej dalej „Ustawą pzp”, działając w imieniu Ogólnokształcącej Szkoły Muzycznej I i II stopnia im. Karola Szymanowskiego, jako Zamawiający, wzywam do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów w nieprzekraczalnym terminie do dnia 10.10.2012r. do godz. 14.00, dotyczących:

- posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania do wykonania niniejszego zamówienia; posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania niniejszego zamówienia;
- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania niniejszego zamówienia;
- sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie niniejszego zamówienia, oraz nie podlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp, a objętych ofertą nr 2 złożoną ww. postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (numer ogłoszenia: 2012/S 125-206790; data publikacji: 03.07.2012], poprzez przedłożenie szczegółowej informacji lub dokumentów, w niżej określonym zakresie:  
1. Na potwierdzenie w/w warunków opisanych Rozdziale VI pkt. 1 A lit. 5) SIWZ Wykonawca miał złożyć w ofercie Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, w zakresie wskazanym w rozdziale V punkt 3 ppk 4) a-g:

1) W wykazie zamieszczonym do oferty osoba wskazana na kierownika budowy Pan J..... S..... nie spełnia wymogów wskazanych w pkt b, Wykonawca z własnej inicjatywy pismem z dnia 13.08.2012r. złożył wyjaśnienia i nowe dokumenty w zakresie spełnienia wymogu punktu b ppk 4) pkt 3 rozdziału V SIWZ niemniej

odbyło się to w sposób nieuprawniony tj. nie na wezwanie Zamawiającego. Dlatego też wzywam w terminie wskazanym w pkt. I o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji oraz jednoznaczne wykazanie - przedmiotowego doświadczenia dla przedstawionej w pkt b osoby a w przypadku braku możliwości faktycznego wykazania w/w informacji do złożenia nowego wykazu osób wraz z kompletem właściwych dokumentów jednoznacznie wykazujących spełnienie powyższego warunku.(...)”.

Odpowiedź Konsorcjum P.B. Inter-System przekazało 10 i 12.10.2012 r. wraz z załącznikami do pierwszego z pism (wykaz osób, stwierdzenie przygotowania zawodowego z dnia 15.11.1995 r., umowa o współpracy z 09.10.2012 r., kopia Rekomendacji Technicznej ITB RT ITB – 1222/2011). W pierwszym z nich stwierdza: „W nawiązaniu do wezwania Zamawiającego z dnia 08.10.2012 r. niniejszym składamy swoje wyjaśnienie: Wyjaśnienie do pkt.: 1.1.1) W naszej ofercie przetargowej omyłkowo zostało wpisane przez Naszego pracownika doświadczenie Pana J..... S..... na stanowisku Kierownika Budowy na wybranych inwestycjach, na których to pełnił on rolę kierownika robót, a nie kierownika budowy jak omyłkowo napisaliśmy. Niniejszym wyjaśniamy, że Pan J..... S..... na inwestycji pn.:

1. Stadion Miejski ul. Drzymały we Wrocławiu pełnił funkcję kierownika robót a nie funkcję Kierownika Budowy całego obiektu. Pełnił On tam funkcję Kierownika Budowy zakresu Wrobis S.A.

2. Kompleks boisk do gier otwartych wraz z zapleczem dydaktyczno - naukowym na terenie Pól Marsowych w kompleksie Stadionu Olimpijskiego przy ul. Mickiewicza 58 we Wrocławiu pełnił funkcję kierownika robót a nie funkcję Kierownika Budowy całego obiektu. Pełnił On tam funkcję Kierownika Budowy zakresu Wrobis S.A.

Za nie celową omyłkę przepraszamy.

W załączeniu przedkładamy nową tabelę poprawioną o nowego Kierownika Budowy - Pana M..... H..... wraz z wypełnionym Jego doświadczeniem. W załączeniu przedkładamy również umowę współpracy zawartą pomiędzy PB Inter-System S.A. a Panem M..... H....., a także kopię Jego uprawnień budowlanych. Wyjaśniamy, że Pan M..... H..... spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego w SIWZ Rozdział V pkt. 4 b) (potwierdzone załączoną tabelą z doświadczeniem kadry). (...)”.

W drugim z nich stwierdza: „W nawiązaniu do wezwania Zamawiającego z dnia 08.10.2012 r. niniejszym składamy swoje dodatkowe wyjaśnienie do Naszego wyjaśnienia z dnia 10.10.2012 r.: Niniejszym wyjaśniamy, że dnia 13.08.2012 r. złożyliśmy do Zamawiającego dodatkową osobę na stanowisku Kierownika Budowy spełniającą warunki stawiane przez Zamawiającego w SIWZ w postaci Pana M..... H..... wraz z Jego uprawnieniami, nową tabelą z doświadczeniem i zawartą Umową współpracy (ważną na dzień składania ofert, tj. na dzień 09.08.2012 r.). Nie posiadając drugiego oryginału Umowy

współpracy pomiędzy Panem M..... H....., a PB Inter-System S.A. po wezwaniu Zamawiającego, dnia 08.10.2012 r. ponownie złożyliśmy umowę współpracy wraz z kopią jego uprawnień i nową tabelą wraz z doświadczeniem Pana M..... H....., ważnymi na dzień po wezwaniu Zamawiającego. Jest to potwierdzenie Umowy współpracy zawartej przed składaniem ofert oraz tabeli z doświadczeniem złożonej Zamawiającemu dnia 13.08.2012 r, (również aktualnej na dzień składania ofert), a także złożonej dnia 13.08.2012 r. kopii uprawnień budowlanych Pana M..... H..... Pomimo braku wezwania Zamawiającego Wykonawca sam pozyskał informację o doświadczeniu Pana J..... S..... i zgodnie z PZP złożył sam wyjaśnienia w tej sprawie i przekazał dnia 13.08.2012 r. prawidłową osobę na stanowisku Kierownika Budowy w postaci Pana M..... H..... Składane wyjaśnienia w tej sprawie złożone Zamawiającemu dnia 10.10.2012 r. są potwierdzeniem złożonych dokumentów dnia 13,08.2012 r. dotyczących osoby na stanowisku Kierownika Budowy, w postaci Pana M..... H.....”

Jednocześnie w ramach wezwania z dnia 08.10.2012 r. oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012 r. wskazuje się na pisma z dnia 13.08.2012 r. Konsorcjum P.B. Inter-System złożone wraz z załącznikami – wykazem osób /zał. nr 6 do SIWZ/, stwierdzeniem przygotowania zawodowego z dnia 15.11.1995 r. i umową o współpracy (ważną w terminie składania ofert – zgodnie z oświadczeniem zawartym w odpowiedzi Konsorcjum P.B. Inter-System z dnia 12.10.2012 r.). Zamawiający przy niniejszym wyborze stwierdził: „(...) Zamawiający w obawie o zarzuty dotyczące nieprawidłowości wykonywanych czynności (w tym m.in. naruszenia art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 i 2 pkt. 3 ustawy pzp) uwzględnił odwołanie Firmy Wrobis SA z dnia 7.09.2012 tj. uwzględnił niżej wymienione zarzuty:

- Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez niewykluczenie Wykonawcy Konsorcjum Intersystem, mimo że złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania,
  - Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie czynności odrzucenia Konsorcjum Intersystem pomimo iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ,
- oraz uwzględnił zawarte w odwołaniu żądania:

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
  - nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum Intersystem
- aby zadośćuczynić zawartemu żądaniu Zamawiający przystąpił do powtórnej oceny i badania ofert. W związku z tym, że Zamawiający (przed złożeniem niniejszego odwołania) posiadał wiedzę świadcząca o tym, iż w ofercie Konsorcjum Intersystem nie doszło do złożenia nieprawdziwych informacji, bowiem Wykonawca Intersystem własnej inicjatywy pismem z dnia 13.08.2012r. złożył wyjaśnienia przyznając się do niezamierzonego błędu

*i nowe dokumenty w zakresie spełnienia wymogu punktu b ppk 4) pkt 3 rozdziału V SIWZ, niemniej odbyło się to w sposób nieuprawniony tj. nie na wezwanie Zamawiającego, Zamawiający, więc podczas powtórnej oceny ofert, wezwał jeszcze raz Wykonawcę Konsorcjum Intersystem do złożenia stosownych wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Zamawiający korzystając z dyspozycji art. 87 ust. 1 wezwał również Konsorcjum Intersystem do złożenia wyjaśnień w zakresie zastosowanego materiału w części 4 dotyczącej „ocieplenia stropu nad garażem” tabeli jakościowej dotyczącej płyty Paroc FAS B. Składając wyjaśnienia poparte stosownymi dokumentami, Konsorcjum Intersystem potwierdziło, iż spełnia wymogi rozdziału V punkt 3 ppk 4) b SIWZ, oraz że wskazana płyta spełnia wymogi jakościowe (złożona aprobatą techniczna). Na podstawie powyższego należało stwierdzić, iż mimo uwzględnienia zarzutów wskazanych w odwołaniu i wykonaniu czynności zgodnie z żądaniem odwołującego (art. 189 ust. 2 pkt 5) tj. dokonania powtórnej oceny ofert, Zamawiający nie mógł wykluczyć Wykonawcy ani odrzucić oferty Konsorcjum Intersystem dlatego też dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Zamawiający stwierdza, że choć każdorazowo jest uprawniony do samodzielnej konwalidacji dokonanych przez siebie czynności w związku z uwzględnieniem odwołania, to czynności powtórzone winny być zgodne z przepisami ustawy pzp i względem tych przepisów oceniane. Zamawiający stwierdza, że mimo uwzględnienia odwołania i wykonaniu czynności zgodnie z żądaniem odwołującego nie mógł wykonywać czynności sprzecznych z prawem tj. wykluczyć, bez wystąpienia przesłanek tego wykluczenia, Wykonawcę Konsorcjum Intersystem, dlatego postanowił jak na wstępie.(...)”*

W ramach pisma z dnia 13.08.2012 r. Konsorcjum P. B. Inter-System wskazało, że: *„Niniejszym przekazujemy uzupełnienie do Naszej oferty o osobę na stanowisku Kierownika Budowy – Pana M..... H..... oraz poprawiamy doświadczenie Pana J..... S..... W Naszej ofercie przetargowej omyłkowo zostało wpisane przez Naszego pracownika doświadczenie Pana J..... S..... na stanowisku Kierownika Budowy na wybranych inwestycjach, na których to pełnił on rolę kierownika robót, a nie Kierownika Budowy. Za nie celową omyłkę serdecznie przepraszamy i w załączeniu przekazujemy załącznik nr 6 z Nowym Kierownikiem Budowy i naniesionymi przez Nas poprawkami do doświadczenia Pana J..... S..... Dodatkowo uzupełniamy jeszcze ofertę o osobę Pana T..... M.....”*

Izba wskazuje, że w ramach ustaleń nie przytaczała postanowień SIWZ, gdyż są one przytoczone w pismach Zamawiającego, zaś co treści pierwotnego wykazu załączonego do oferty Konsorcjum P. B. Inter-System była między stronami zgodność.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba odnosząc się do pierwszego zarzutu, stwierdza, że mimo błędnego wskazania podstawy prawnej (właściwe byłoby wskazanie naruszenia art. 186 ust. 2 lub też art. 186 ust.3 w zw. z art. 186 ust.2 Pzp), wskazano w sposób właściwy podstawę faktyczną opartą o zaniechanie właściwego wykonania czynności wynikającej z uwzględnienia odwołania o sygn. akt: KIO 1911/12. Powyższe umożliwia Izbie identyfikację zarzutu. W następnej kolejności konieczne jest zwrócenie uwagi, że mimo zrozumienia dla działania Zamawiającego, który w swoim działaniu starał się kierować się zasada praworządności wynikającą z art. 7 ust. 3 Pzp, instytucja uwzględnienia odwołania w całości, nie dopuszcza warunkowych działań Zamawiającego w tym zakresie. Każdorazowo uwzględnienie odwołania lub odwołań winno być poprzedzone gruntowną analizą zaistniałego stanu faktycznego i sformułowanych zarzutów przez Zamawiającego. W konsekwencji należy uznać, że w przedmiotowym stanie faktycznym – wynika to chociażby z uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012 r. – Zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1911/12 i nie wykluczył Konsorcjum P. B. Inter-System. Niewątpliwie mamy więc do czynienia z naruszeniem art. 186 ust. 2 zd. 2 Pzp. Przy czym, Izba przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 05.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2032/11: *„W sytuacji, gdy powtórnie zostanie wniesione odwołanie na te same czynności Zamawiającego, które wcześniej zostały Zamawiającemu zarzucone w odwołaniu, a Zamawiający uznał zarzuty i nie dokonał przy powtórnej ocenie oferty czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, Izba zobowiązana jest rozpatrzyć te zarzuty merytorycznie. Izba nie może poprzestać na stwierdzeniu, że Zamawiający powinien był zachować się zgodnie z nakazem zawartym w art. 186 ust. 2 zdanie drugie Prawa zamówień publicznych. Taka bowiem sytuacja może prowadzić do usankcjonowania przez Izbę w wyroku sytuacji niezgodnej z prawem, a także uznania okoliczności, które nie podlegały merytorycznemu badaniu przez Izbę. Podkreślić zatem należy, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 186 ust. 2 lub 3 ustawy nie przesądza o uwzględnieniu odwołania, lecz jedynie obliguje do jego merytorycznego rozpoznania. Jeżeli czynności dokonane przez Zamawiającego nie byłyby wadliwe, odwołanie zostałoby oddalone.”* Izba stwierdziła, do czego odniesie się szczegółowo w dalszej części uzasadnienia, że owe dalsze działania Zamawiającego nie było wadliwe, stwierdziła także że pozostałe zarzuty odwołania nie zostały potwierdzone. W rezultacie, mimo potwierdzenia w zakresie pierwszego zarzutu, biorąc pod uwagę art. 192 ust. 2 Pzp zmuszona jest oddalić, mimo stwierdzonego naruszenia, a w konsekwencji całe odwołanie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba na wstępie za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12



stwierdza, że wykluczenie w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji ma: „(...) zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i -zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Przy ocenie przesłanki wykluczenia na podstawie tego przepisu Zamawiający powinien uzyskać pewność, że złożenie nieprawdziwych informacji było działaniem wykonawcy skierowanym na wprowadzenie Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia, a nie skutkiem omyłki. Zdaniem Sądu złożenie nieprawdziwej informacji, o której mowa w powołanym przepisie, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Jeżeli ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca w dniu składania ofert działał w dobrej wierze, to nie sposób uznać, iż jego celem było wprowadzenie Zamawiającego w błąd. (...)”. Nadto,; „(...) przy ocenie przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, nie można pomijać istnienia w obrocie prawnym Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L z dnia 30 kwietnia 2004 r.). Nie ulega wątpliwości, że przepisy prawa krajowego Państwa Członkowskiego muszą uwzględniać przepisy prawa wspólnotowego. Przepis art. 45 ust. 2 lit. g) w/w Dyrektywy, który stanowi wskazówkę interpretacyjną dla omawianej podstawy wykluczenia, wskazuje jednoznacznie na element zawinienia wykonawcy. Stanowi on bowiem, że z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania wymaganych informacji”. Ocena, czy błąd ma charakter poważny, czy też nie, będzie zależała od Zamawiającego, który powinien jej dokonać na podstawie obiektywnych czynników. Wprowadzenie w błąd musi mieć charakter umyślnego działania ze strony wykonawcy; nie będzie podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd(..)”. „(...) celem regulacji zawartej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest wyeliminowanie z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego takich wykonawców, którzy świadomie świadcząc nieprawdę wprowadzają w błąd Zamawiającego co do informacji mających znaczenie dla wyniku prowadzonego postępowania, nie jest natomiast takim celem eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy omyłkowo czy nieświadomie podali informacje niezgodne z rzeczywistością - i których zamiarem nie było wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Nie można zrównywać pozycji wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje wskutek błędu lub popełnił omyłkę w złożonej ofercie (jak wykonawcy w sprawie niniejszej) z pozycją wykonawcy, który świadomie zawarł w ofercie informacje nieprawdziwe z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Z całą pewnością nie było celem ustawodawcy wprowadzenie obowiązku automatycznego wykluczenia z postępowania każdego wykonawcy, który podał nieprawdziwe informacje -

*bez względu na przyczyny. (...)*”. Nadto, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) podnosi, że: *„(...) wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu (aktualnie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało wpływ (aktualnie – także mogło mieć wpływ) na wynik postępowania.”*

Względem przedmiotowego stanu faktycznego, w ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, że działanie Przystępującego - Konsorcjum P. B. Inter-System miało znamiona celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania Wykonawcy podjętego z zamiarem wprowadzenia Zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu do uzyskania zamówienia. Izba uznała, że przedstawiona na rozprawie stanowisko pełnomocnika Przystępującego - Konsorcjum Inter-System, który *de facto* znał okoliczności będące podstawą złożenia nieprawdziwych informacji są wystarczająco wiarygodne do oddalenia odwołania w tym zakresie. Należy także dodać, że przedstawiona argumentacja z rozprawy co do okoliczności omyłki ma oparcie tak w piśmie z dnia 13.08.2012 r. oraz 12.10.2012 r., jak i w szczególności piśmie z dnia 10.10.2012 r. przywołanym w ramach ustaleń dotyczących zarzutu: *„Pełnił On tam funkcję Kierownika Budowy zakresu Wrobis S.A.”*. Okoliczność, że Przystępujący - Konsorcjum Inter-System sam z własnej inicjatywy przyznał się w ramach pisma z dnia 13.08.2012 r. do zaistniałej omyłki świadczyć dodatkowo za uznawaniem niezamierzonego charakteru zachowania Wykonawcy i nie pozostała bez wpływu na stanowisko Izby.

Względem pisma z dnia 13.08.2012 r. w kontekście także uzupełnienia pierwotnego wykazu osób o nowego Kierownika Budowy, Izba stwierdza: *„(...) za orzecznictwem KIO oraz SO, że dopuszczalne jest w pewnych wypadkach i z określonymi konsekwencjami samodzielne uzupełnienie w toku oceny ofert, czy też procedury odwoławczej. Izba przywołuje w tym zakresie wyrok KIO z dnia 25.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 59/10, wyrok KIO z dnia 04.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1551/10 oraz w wyroku KIO z dnia 23.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1444/10, czy też wyrok KIO z dnia 14.05. 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 735/10. Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: XIX Ga 162/10.”* (za wyrokiem z dnia 05.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1054/12).

Izba podkreśla również, że kwestia złożenia nieprawdziwych informacji musi nie budzić żadnych wątpliwości, w przedmiotowych okolicznościach sprawy wątpliwości, tzn. okoliczności na które wskazywał Przystępujący tak na rozprawie, jak i w swoich pismach przywołanych powyżej (z dnia 13.08.2012 r., 10 i 12.10.2012 r.) czynią konieczność rozpatrzenia ich na jego korzyść i uznania, że nie było to działanie celowe z jego strony. Należy także wskazać, że ewentualne dalsze wyjaśnienia nie spełniłyby zakładanej roli i niechybnie wtórnie potwierdziłyby okoliczności szczegółowo przedstawione na rozprawie.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie Warszawa-Praga z dnia 19.07.2012 r., sygn. akt: o sygn. akt. IV Ca 683/12 w sytuacji niezamierzonego złożenia nieprawdziwej informacji dopuszczalne jest zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp. W przedmiotowym stanie faktycznym, ostatecznie zaistniało niniejsze na wezwanie z dnia 08.10.2012 r. uwzględniając także pismo z dnia 13.08.2012 r. wraz z załącznikami – w zakresie nowej osoby na Kierownika Budowy (p. M..... H.....).

W zakresie zarzutu dotyczącego terminów wskazanych w wykazie osób odnośnie Pana J..... S..... oraz dowodów przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego w sprawie KIO 2459/12 / kopi wyciągów z dzienników budów (dwóch)/, Izba wskazuje, że ma zastosowanie art. 192 ust. 7 Pzp, gdyż te zarzuty nie były objęte odwołaniem i zostały sformułowane dopiero na rozprawie. W konsekwencji dowody nie były brane pod uwagę. Izba zauważa, że w wyniku uzupełnienia Przystępującego - Konsorcjum P. B. Inter-System wykazał się osobą do funkcji kierownika budowy, czyli spełnił wymóg postawiony przez Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 w ramach kolejnego zarzutu wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum P. B. Inter-System pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie zastosowanego materiału - klej Platinum SP-KPS do ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” oraz - klej Roker W-20 do ocieplenia stropu nad garażem od spodu poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” nie spełniającego parametrów określonych w Tabeli Jakościowej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ. Izba uznała niniejszy zarzut za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Konsorcjum P. B. Inter-System w ramach tabeli jakościowej będącej częścią składową formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SIWZ) zaoferowało klej Platinum SP-KPS do ocieplania ścian zewnętrznych oraz klej Roker W-20 (str. 4 oferty). Zamawiający w ramach części tabeli jakościowej zawierającej wymagane przez niego minimalne parametry jakie spełniać mają materiały zastosowane przez Wykonawcę – w pierwszej i czwartej rubryce od góry w zakresie kleju (zaprawy klejącej) określił przyczepność do betonu w stanie powietrzno-suchym nie większa niż 0,30 MPa (pierwsza – dla ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekko mokra”, czwarta – do ocieplenia stropu nad garażem od spodu poprzez zastosowanie systemowego

rozwiązania „metoda lekko mokra”). Stwierdził także w obu wypadkach, że mają to być parametry nie gorsze niż.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W przedmiotowym zakresie, Izba uznała za wiarygodne stanowisko Przystępującego - Konsorcjum P. B. Inter-System przedstawione na rozprawie, że biorąc pod uwagę ich naturę i przeznaczenie, zaoferowane kleje mają parametry nie gorsze niż wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający wskazywał nadto, że nie były one kwestionowane przez rzeczoznawcę budowlanego, który analizował zaoferowane materiały przez Wykonawców (kopia opinii załączona przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 w ramach kolejnego zarzutu wskazał na naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jej treść odpowiada treści SIWZ. W tym zakresie, w ocenie Izby zarzut również nie został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 w ramach swojej oferty (str. 4) w tabeli jakościowej stanowiącej część formularza ofertowego przedstawił w czterech rubrykach/pozycjach nazwy producenta/rodzaj/typ materiału/ symbol, czyli zaoferowany materiał i wymagane dane oraz dodatkowo zawarł sformułowanie: „lub inne równoważne spełniające wymogi”. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismo z dnia 08.10.2012 r. WROBIS: „(...) 2. (...) e) Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia użycia sformułowania „lub inne równoważne spełniające wymogi” w tabeli jakościowej stanowiącej załącznik Nr 1 do SIWZ. (...)”. W ramach odpowiedzi z dnia 12.10.2012 r. WROBIS stwierdził: „(...) e) Wykonawca wyjaśnia, iż użyte sformułowanie „lub inne równoważne” w tabeli jakościowej stanowiącej załącznik Nr 1 do SIWZ było wynikiem tylko i wyłącznie obawy Wykonawcy o ewentualne zaprzestanie przez producenta wytwarzania wskazanego przez Wykonawcę produktu. Panująca obecnie na rynku budowlanym sytuacja nie daje bowiem gwarancji, iż wskazany przez Wykonawcę produkt czy też sam producent będą istnieć na rynku w przyszłości. Wykonawca wskazując konkretny produkt w tabeli zobowiązał się do jego zastosowania i takie zobowiązanie go wiąże, Użycie powyższego sformułowania nie ma na celu zmiany elementu oferty na etapie wykonania zamówienia publicznego czy też zmiany elementów cenotwórczych. (...)”

Zamawiający przy wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012 r. zawierającym również informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 stwierdził: „(...) W przypadku jednak wstawienia przy opisie każdego z materiałów dopisku: „lub inne równoważne” Zamawiający uznał, iż taki zapis jest niezgodny z SIWZ. W rozdziale III ust. 1 SIWZ zapisano: „Dobrane przez projektanta materiały i technologie konkretnych producentów Zamawiający traktuje zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp jako określenie parametrów przedmiotu zamówienia za pomocą podania standardu, dopuszczając do zastosowania (zastosowania w ofercie) inne odpowiedniki rynkowe, równoważne ze wskazanymi, z zastrzeżeniem jednak, że nie będą one gorsze pod względem parametrów technicznych i jakościowych od wskazanych przez projektanta, zagwarantują uzyskanie takich samych (lub lepszych) parametrów technicznych oraz będą posiadać niezbędne atesty i dopuszczenia do stosowania. Zmianie nie będą podlegać materiały wskazane w załączniku nr 1 do SIWZ”. Zamawiający nie uznał wyjaśnień Wykonawcy, ponieważ pominięcie tego zapisu miało by charakter zmiany istotnej, gdyż w znaczącym stopniu zmieniało treść oświadczenia woli wykonawcy Wrobis SA. Domniemanie, iż zapis ten został użyty tylko w celu obawy o ewentualne zaprzestanie wytwarzania materiału jest mało wiarygodny. Wszystkie wskazane przez Wykonawcę materiały posiadają kilkuletnie aprobaty a okres realizacji zamówienia nie jest wieloletni by zaistniały wskazane okoliczności. Obowiązkiem Wykonawcy było zastosowanie się do wymogów SIWZ i przedstawić stan faktyczny na dzień złożenia oferty (a nie domniemany, hipotetyczny w przyszłości), a tego typu wątpliwości winny być rozwiane na etapie pytań do SIWZ lub już na etapie realizacji umowy - dopuszczalnych zmian umowy w przypadku okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu jej podpisania. Zamawiający podtrzymuje więc argumentację przedstawioną w odwołaniu Konsorcjum Intersystem, iż Wykonawca zinterpretował SIWZ w sposób nie znajdujący uzasadnienia w jej treści, a źródłem błędnego zrozumienia nie jest jej wieloznaczność czy brak precyzji Zamawiającego a jedynie zostawienie sobie możliwości zamiany na inny materiał być może tańszy lub technologicznie łatwiejszy w wbudowaniu. Zamawiający podtrzymuje argumentację przedstawioną w odwołaniu Konsorcjum Aldesa iż przez taki zapis „lub inne równoważne” brak jest w ofercie Wrobis SA jednoznacznego wskazania jakie materiały zostały zaaferowane.”.

Izba wskazuje, że w ramach ustaleń nie przytaczała postanowień SIWZ, gdyż są one przytoczone w pismach Zamawiającego, tzn. wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012 r. w zakresie odrzucenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12, tudzież odpowiedzi na odwołanie. Odnośnie charakteru tabeli jakościowej Izba szczegółowo

przytoczy postanowienia SIWZ dodatkowo przy rozpatrywaniu odwołania o sygn. akt: KIO 2466/12.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W ocenie Izby oferta Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 w zakwestionowanym przez Zamawiającego zakresie jest niejednoznaczna, zaś wszelkie wyjaśnienia doprowadziłyby *de facto* to zmiany istotnych elementów oferty we wszystkich pozycjach/rubrykach tabeli jakościowej stanowiącej element składowy formularza ofertowego. W konsekwencji nastąpiłaby zmiana treści oferty po terminie składania ofert w odniesieniu do wszystkich pozycji/rubryk tabeli jakościowej. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 w dniu 12.10.2012 r., a podtrzymane w odwołaniu oraz na rozprawie w tym zakresie nie wnoszą żadnych istotnych kwestii.

Jednocześnie należy zauważyć, że brak jest możliwości oceny oferty Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 w aktualnej postaci, gdyż niewiadome są jakie „*inne równoważne*” materiały i jakich producentów, oprócz wymienionych w pierwszej kolejności, zostały zaoferowane. Powyższe, w ocenie Izby ma charakter rozstrzygający, gdyż czyni ofertę Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2459/12 nieporównywalną. Kwestia ewentualnej zmiany na etapie realizacji materiału (czemu nie zaprzeczał Zamawiający na rozprawie), ma w konsekwencji charakter drugorzędny, gdyż nie odnosi się do etapu składania ofert i ich późniejszej oceny. W ocenie Izby, nie ma tutaj także zastosowania instytucja wynikająca z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (wszystkie pozycje, istotna treść oferty), jak i tym bardziej z art. 26 ust.3 Pzp (treść oferty). Izba wzięła również pod uwagę odnośnie charakteru tabeli jakościowej oraz braków w jej zakresie wyroki KIO z dnia 31.01.2012 r., sygn. akt: KIO 117/12, z dnia 12.03.2012r., sygn. akt: KIO 425/12 oraz z dnia 21.05.2012 r., sygn. akt: KIO 937/12. Analiza niniejszych orzeczeń, mimo że dotyczyły postępowania unieważnionego poprzedzającego aktualnie prowadzone pozwala na uznawanie ich adekwatności. Izba wskazuje, że żadna ze stron nie kwestionowała stwierdzeń Zamawiającego o tożsamości postanowień SIWZ dotyczących przedmiotu zamówienia, tudzież tabeli jakościowej w obu postępowaniach. Należy także wskazać, na zaliczenie przez Zamawiającego w poczet postanowień SIWZ aktualnego postępowania, odpowiedzi na pytania udzielone w unieważnionym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

## Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12:

Odnosząc zarzutów Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie jego oferty, naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez jego niezastosowanie, oraz ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez jego niezastosowanie, Izba z uwagi na ich charakter odnie się do niniejszych łącznie. W konsekwencji uznając powyższe zarzuty za niezasadne.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W ramach rozdz. XI – Opis sposobu przygotowania oferty pkt 13 SIWZ Zamawiający określił: *„Inne dokumenty, które musi zawierać oferta: (...) e) tabelę jakościową materiałów.”* Brak dalszych odniesień w postanowieniach SIWZ za wyjątkiem treści zawartych w formularzu ofertowym. Zamawiający w ramach formularza ofertowego zawarł z kolei m.in. oświadczenie: *„Oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia w terminie i na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...)”*. Nadto, w jego ramach zawarł tabelę jakościową. Poniżej dodając: *„Na potwierdzenie, że oferowane materiały lub urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego składamy następującą tabelę: (...)”*. W dalszej kolejności w części przygotowanej przez Zamawiającego umieścił następujące sformułowania: *„Wymagania Zamawiającego dotyczące jakości materiałów i urządzeń zastosowanych do realizacji zamówienia”* oraz *„Opis techniczny minimalnych parametrów jakie mają spełnić materiały zastosowane przez Wykonawcę”*. Jednocześnie, równolegle Zamawiający przygotował część tabeli do wypełnienia przez poszczególnych Wykonawców w tym zakresie poprzez podanie nazwy producenta/rodzaju/typu materiału/symbolu. Poniżej tabeli Zamawiający umieścił zastrzeżenie: *„Nie wypełnienie tabeli skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy”*.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12 w ramach swojej oferty (str. 3) w tabeli jakościowej stanowiącej część formularza ofertowego nie przedstawił jednoznacznie w pierwszej rubryce, czy zaoferował płytę styropianową. Odniósł się tylko do kleju i w jego kontekście stwierdził: *„Klej ZS do styropianu”*.

Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 4 Pzp oraz w trybie art. 87 ust.1 Pzp – pismem z dnia 08.10.2012 r., Konsorcjum Aldesa (Odwołującego w sprawie KIO 2466/12): *„II (...) a) Po dokonaniu sprawdzenia wskazanych przez Wykonawcę parametrów materiałów opisanych w załączniku nr 1 (tabela w części 1) do SIWZ Zamawiający ustalił, że do ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie rozwiązania „metoda lekka mokra” Wykonawca wskazał: (...)*

*- płyta styropianowa. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia, w którym miejscu tabeli jakościowej, Wykonawca wskazał wymagany produkt,*

*tj. płytę styropianową, dla ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra” dla płyty o współczynniku  $\lambda_D$  nie większy niż 0,032 W/mK.”. W odpowiedzi Konsorcjum Aldesa (przekazaną 12.10.2012 r.) wraz załącznikiem (wykazem osób) stwierdziło, że: „(...) Ad. II a) Wykonawca potwierdza zastosowanie zaprawy klejącej do styropianu CERESIT ZS. Jednocześnie Wykonawca wyjaśnia, iż jego oferta dotyczyła płyty styropianowej TERMO organika/PLATINIUM FASADA/Płyta styropianowa, o parametrach zgodnych z SIWZ ( $\lambda_D$  nie większy niż 0,032 W/mK.) (...)”.*

W ramach wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 30.10.2012 r. w zakresie odrzucenia Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12, Zamawiający stwierdził: „(...) W przypadku jednak wezwania Zamawiającego, w którym miejscu tabeli jakościowej Wykonawca wskazał materiał na:

*1. Ocieplenia ścian zewnętrznych poprzez zastosowanie systemowego rozwiązania „metoda lekka mokra”:*

- *(b) dla płyty styropianowej - deklarowany współczynnik  $\lambda_D$  nie większy niż 0,032 W/mK*

*Wykonawca Konsorcjum Aldesa nie odpowiedział na pytanie wskazując konkretny zapis/miejsce tabeli jakościowej złożonej oferty tylko zaproponował materiał nowy, który w ogóle nie znalazł się w dniu złożenia oferty w tabeli formularza ofertowego. Zamawiający nie może uznać tak sformułowanego wyjaśnienia bowiem prowadzi ono do niedozwolonego uzupełnienia oferty Konsorcjum Aldesa, o materiał którego w ofercie w ogóle nie podano, a tym samym do zmiany treści oferty niedozwolonej art. 87 ust. 1. (Identyczne stanowisko zawarte zostało w wyroku KIO 937/11). Zamawiający nie może również uznać wprowadzenie nowego materiału za nieistotną zmianę treści oferty na podst. art. 87 ust. 2 pkt 3. Przedmiotowa tabela ma charakter przedmiotowo istotny i dlatego Zamawiający umieścił ją jako część formularza ofertowego, a zatem jej treść podlega ocenie z punktu widzenia zgodności z treścią SIWZ. Tym samym zasadnym jest podkreślenie, iż Wykonawca Konsorcjum Aldesa, wbrew wiążącym go wymogom ostatniego akapitu tabeli „Nie wypełnienie powyższej tabeli skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy”, nie wypełnił jej w całości pomijając materiał wskazany na płytę styropianową. Skoro treść SIWZ to przede wszystkim opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego to treść oferty stanowi jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania na rzecz zamawiającego oznaczonego świadczenia, jeśli z wykonawcą zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. (...)”*



Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że uznaje za analogiczne i adekwatne ustalenia Izby odnośnie charakteru tabeli jakościowej oraz braków w jej zakresie w wyrokach KIO z dnia 31.01.2012 r., sygn. akt: KIO 117/12, z dnia 12.03.2012r., sygn. akt: KIO 425/12 oraz z dnia 21.05.2012 r., sygn. akt: KIO 937/12. W wyniku niniejszego, uznając że tabela jakościowa stanowiła istotny element ofertowy, który nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust.3 Pzp, nie jest to dokument, o którym stanowi art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp. W tym zakresie, jednoznaczny skutek związany z niewypełnieniem tabeli jakościowej nie pozostaje także bez wpływu na ocenę Izby. Nadto, rozdz. XI pkt 13 SIWZ wskazuje na konieczność złożenia wraz z ofertą tabeli jakościowej, przy czym tabela jakościowa stanowi immamentną część formularza ofertowego załącznik nr 1 do SIWZ), która nie podlega uzupełnieniu, tak jak nie podlega uzupełnieniu, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zaoferowana cena przez Wykonawców. Ewentualne rozważania Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12 przedstawione w odwołaniu i na rozprawie można by ewentualnie uwzględnić tylko, gdyby tabela jakościowa stanowiła oddzielny dokument. W takiej sytuacji nastąpiłoby zrównanie z podanymi jako przykład na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12 folderami.

Względem zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2466/12 przedstawionego na rozprawie, uznając je, za dostosowane do zaistniałej sytuacji procesowej. Należy zauważyć, że udzielone wyjaśnienia z dnia 12.10.2012 r. tworzą zupełnie nową pełną treść oferty w zakresie płyty styropianowej – wskazując informacje o producencie, rodzaju i typie materiału. Samo wskazanie w kontekście kleju styropianu jest nie wystarczające do uznania, że w ofercie pierwotnej istniały postanowienia, świadczące o zamiarze jego zaoferowanie – co jest także konieczne do zastosowania trybu z art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, albowiem styropian musiał spełniać parametry wymagane przez Zamawiającego, zaś wskazanie nazwy producenta, rodzaju, typu materiału i symbolu miało dookreślić ogólne oświadczenie Wykonawcy ze str. 1 formularza ofertowego (oferty). Tym bardziej, że na rynku budowlanym istnieją różnego rodzaju płyty styropianowe o różnym poziomie „twardości”. Izba dodatkowo zwraca uwagę, że gdyby Zamawiający chciał poprzestać na ogólnej deklaracji zaoferowania materiałów zgodnych z jego wymaganiami, to nie narzucałby konieczności szczegółowego wypełniania w ramach formularza ofertowego tabeli jakościowej przez Wykonawców. Izba w zakresie przedmiotowej kwestii przywołuje w sposób szczególny wyrok KIO z dnia 21.05.2012 r., sygn. akt: KIO 937/12 dzieląc stanowisko tam przedstawione. Kwestia błędnego charakteru ewentualnej zmiany w zakresie płyty styropianowej, w kontekście braku zamiaru

jej zaoferowania w sposób jednoznaczny zgodnie z zasadami ustalonym dla wszystkich uczestników postępowania budzi uzasadnione wątpliwości Izby.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 2459/12 oraz o sygn. akt: KIO 2466/12 na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp.

Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp w związku z § 13 ust. 3 zd. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280), wydała w sprawach o sygn. akt: KIO 2459/12, sygn. akt: KIO 2466/12 orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia). Izba nie uznała wniosku Zamawiającego o zwrot kosztów biletu lotniczego uznając, niniejsze za nieuzasadnione, opierając się w tym zakresie na wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 15. 01.2010 r., sygn. akt: XII Ga 517/09.

**Przewodniczący:**

.....