

Sygn. akt: KIO 2101/19

**WYROK**  
**z dnia 4 listopada 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2019 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań,**

przy udziale przystępującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm w składzie: **P. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Firma Remontowo-Budowlana P. S., ul. Ostatnia 35, 60-102 Poznań oraz H. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: H. W. Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ Swarzędz” H. W., ul. Bednarska 7, 62-020 Swarzędz,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów:
  1. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z uwagi na fakt, że w sytuacji gdy w ofercie przystępujący zadeklarował samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz realizację przedmiotu zamówienia bez udziału podmiotu trzeciego nie było uprawnione do skorzystania po terminie składania ofert z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz

przedłożenia w tym celu zobowiązania Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. oraz poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji treści oferty i dokonanie przez przystępującego jej zmiany, poprzez wprowadzenie po terminie składania ofert podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, że ww. wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

2. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż udostępnienie zasobów przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. nie ma charakteru realnego – w zobowiązaniu brak określenia sposobu wykorzystania zasobów przy realizacji zamówienia, zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oraz wskazania czy podmiot Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą,
3. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż zobowiązanie do udostępnienia zasobów złożone przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. wraz z oświadczeniem tego podmiotu o wykonaniu inwestycji własnej zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, który nie posiadał do tego uprawnienia, a nie przez podmiot trzeci oraz poprzez uznanie, iż złożenie zobowiązania w formie poświadczonej elektronicznie przez wykonawcę kopii jest wystarczające do udowodnienia przez przystępującego polegania na zasobach podmiotu trzeciego,
4. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów uzupełnił zobowiązanie Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. wraz z referencją wystawioną przez ten podmiot dla inwestycji własnej, jednak przystępujący nie przedłożył wykazu robót budowlanych, podczas gdy wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o wykaz robót budowlanych oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówień,
5. zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie złożył dokumentów wymaganych dla podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – w tym JEDZ oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w oparciu o doświadczenie,

które nie potwierdza spełniania warunku sformułowanego w pkt V.1.2.c SIWZ, co potwierdziła w orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza oraz niezapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wykluczenie przystępującego z udziału w postępowaniu z tego powodu, iż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,

3. oddała odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania obciąża **Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań** i:

**4.1** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe i Handlowe AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

**4.2** zasądza od **Poznańskiego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno- Usługowego i Handlowego AGROBEX Sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Poznańskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o.o., ul. Konfederacka 4, 60-281 Poznań (dalej „zamawiający”) na „*Budowę zespołu budynków mieszkalnych wielorodzinnych z garażem podziemnym na polu inwestycyjnym 4 MW zlokalizowanym w Poznaniu pomiędzy ulicami: Literacka/ Żołnierzy Wyklętych wraz z uzyskaniem prawomocnej decyzji pozwolenia na użytkowanie*” wykonawca AGROBEX sp. z o.o., ul. Kochanowskiego 7, 60-845 Poznań (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.). [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 oraz art. 56 ust. 3 i art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P. S. z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z uwagi na fakt, że w sytuacji gdy w ofercie Konsorcjum P. S. zadeklarowało samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz realizację przedmiotu zamówienia bez udziału podmiotu trzeciego nie było uprawnione do skorzystania po terminie składania ofert z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz przedłożenia w tym celu zobowiązania Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. oraz art. 87 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12), poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji treści oferty i dokonanie przez Konsorcjum P. S. jej zmiany poprzez wprowadzenie po terminie składania ofert podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, że ww. wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22a ust. 1-4 w zw. z § 9 ust. 1 pkt 1 - 4 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: „rozporządzenie”), poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P. S. z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż udostępnienie zasobów przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. nie ma charakteru realnego – w zobowiązaniu brak określenia sposobu wykorzystania

- zasobów przy realizacji zamówienia, zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oraz wskazania czy podmiot Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z §14 ust. 3 rozporządzenia, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P. S. z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż zobowiązanie do udostępnienia zasobów złożone przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. wraz z oświadczeniem tego podmiotu o wykonaniu inwestycji własnej zostały poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, który nie posiadał do tego uprawnienia, a nie przez podmiot trzeci oraz poprzez uznanie, iż złożenie zobowiązania w formie poświadczonej elektronicznie przez wykonawcę kopii jest wystarczające do udowodnienia przez Konsorcjum P. S. polegania na zasobach podmiotu trzeciego,
  4. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22a ust. 1 w zw. z §2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P. S. z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów uzupełnił zobowiązanie Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. wraz z referencją wystawioną przez ten podmiot dla inwestycji własnej, jednak Konsorcjum P. S. nie przedłożyło wykazu robót budowlanych, podczas gdy wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o wykaz robót budowlanych oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówień,
  5. art. 24 ust. 1 pkt 12) oraz 13)-22) oraz ust. 5 w zw. z art. 22a ust. 1, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum P. S. pomimo, iż wykonawca ten nie złożył dokumentów wymaganych dla podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – w tym JEDZ oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia,
  5. z ostrożności – na wypadek uznania przez zamawiającego doświadczenia wskazanego przez Konsorcjum P. S. pierwotnie w wykazie robót budowlanych, które zostało uznane przez Krajową Izbę Odwoławczą wyrokiem z dnia 17 września 2019 r. KIO 1706/19 za nieprawidłowe: art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3, poprzez zaniechanie wykonania wyroku Izby i zaniechanie wykluczenia Konsorcjum P. S. z postępowania, mimo iż wykonawca ten wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w oparciu o doświadczenie, które nie potwierdza spełniania warunku sformułowanego w pkt V.1.2.c SIWZ, co potwierdziła w ww. orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza,
  6. art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum P. S., mimo iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim wykonawca ten wycenił w

ramach Harmonogramu Rzeczowo - Finansowego inne prace niż określone w konkretnych pozycjach Załącznika nr 12 do SIWZ,

7. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy), a także innymi przepisami wskazanymi lub wynikającymi z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenia Konsorcjum P. S. z postępowania,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum S.,
5. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że wybór z dnia 9 października 2019 r. jest drugim wyborem oferty Konsorcjum P. S. w postępowaniu, pierwszy miał miejsce 23 sierpnia 2019 r. Oświadczył, że wobec pierwotnego wyboru wniósł odwołanie, które wyrokiem z dnia 17 września 2019 r. sygn. akt KIO 1706/19 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w części i nakazała zamawiającemu wezwanie Konsorcjum P. S. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ, gdyż wykonawca nie wykazał, że posiada doświadczenie odpowiadające wymaganiom sformułowanym w warunku, i w konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Konsorcjum P. S. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ.

Podkreślił, że w uzasadnieniu orzeczenia Izba stwierdziła, że doświadczenie wskazane przez Konsorcjum P. S. w wykazie wykonanych robót dotyczące inwestycji: *„Wykonanie czterech budynków (...) przy ul. Palacza 134 do 140Aw Poznaniu 143 lokale mieszkalne wraz z parkingiem wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej 2515,65 m<sup>2</sup>”* nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym, konieczne jest wystosowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący wskazał, że 30 września 2019 r., wykonując ww. wyrok zamawiający wezwał Konsorcjum P. S. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ, w wyniku czego 7 października 2019 r. Konsorcjum P. S. przedłożyło odpowiedź na wezwanie, zgodnie z którą wykonawca:

1. wbrew orzeczeniu Izby podtrzymał zasadność wskazania w wykazie inwestycji „Wykonanie czterech budynków (...) przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu 143 lokale mieszkalne wraz z parkingiem wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej 2515,65 m<sup>2</sup>” i na tę okoliczność przedłożył opinie techniczne. Zwrócił uwagę, że wyrok KIO 1706/19 nie został przez Konsorcjum P. S. zaskarżony w związku z czym, jest to orzeczenie prawomocne w zakresie pkt 1 sentencji, w której Izba uznała przedmiotową inwestycję za niepotwierdzającą spełniania warunku udziału w postępowaniu, tym samym stanowisko Konsorcjum P. S. oraz przedłożone opinie techniczne są bezprzedmiotowe i nie mogą zostać wzięte pod uwagę. Uzpełnił, że brak wniesienia skargi powoduje, że zamawiający zobowiązany był do negatywnej oceny doświadczenia wskazanego pierwotnie w ofercie ww. wykonawcy i przedstawienie dodatkowych opinii technicznych czy nowej argumentacji nie może tego zmienić,
2. przedstawił zobowiązanie Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. do udostępnienia przez ten podmiot Konsorcjum P. S. zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak również przedłożył oświadczenie ww. podmiotu dotyczące wykonania inwestycji w Poznaniu przy ul. Karpięj 25B i 25,
3. udzielił wyjaśnień dotyczących Harmonogramu rzeczowo-finansowego.

Odwołujący stanął na stanowisku, że dokonanie ponownego wyboru oferty Konsorcjum P. S. jest nieprawidłowe, bowiem dokumenty uzupełnione przez ww. wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów są nieprawidłowe w związku z tym, zachodzi podstawa do wykluczenia Konsorcjum P. S. z postępowania oraz do odrzucenia jego oferty.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku możliwości wprowadzenia podmiotu trzeciego po terminie składania ofert odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt XIX ust. 2 SIWZ „Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zleci podwykonawcom. Wskazanie to nastąpi w Części II Sekcji D Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ”.

Podniósł, że ani z treści formularza ofertowego, ani z treści JEDZ złożonego dla Lidera Konsorcjum lub Partnera Konsorcjum nie wynika, że w chwili składania ofert wykonawca zamierzał skorzystać z zasobów jakiegokolwiek podmiotu trzeciego, ani również, że podmiot ten weźmie udział w wykonaniu robót na etapie realizacji zamówienia. Przeciwnie, z treści Części II sekcja C i D JEDZ złożonych wraz z ofertą wynika, że Konsorcjum P. S. nie zamierzało skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Przypomniał, że dopiero w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Konsorcjum P. S. przedstawiło



zobowiązanie do udostępnienia zasobów, z którego wynika, że warunek udziału w postępowaniu wykonawca wykazuje poprzez udostępnienie mu wiedzy i doświadczenia przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o., oraz, że podmiot ten zamierza uczestniczyć w realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego działanie konsorcjum, polegające na wprowadzeniu po terminie składania ofert podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu należy uznać za niedopuszczalne i powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Przywołał wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 „*Artykuł 51 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 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia*”.

Powołał się także na wyrok Izby z dnia 13 lipca 2018 r. KIO 1286/18, zgodnie z którym *„(...) Trybunał wyjaśniał, że art. 2 dyrektywy nie stoi na przeszkodzie poprawianiu lub uzupełnianiu szczegółów oferty, jeśli ta w sposób oczywisty wymaga niewielkiego poprawienia lub sprostowania oczywistej omyłki, jednakże zmiany takie nie mogą prowadzić do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty. W rozpoznawanej przez TSUE sprawie wykonawca, po upływie terminu składania ofert, powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. W takiej sytuacji wyjaśnienia te nie mogą być uznane przez zamawiającego za wyjaśnienie szczegółów oferty czy nieistotną jej zmianę, albowiem w rzeczywistości stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnie złożonej oferty. Tak złożone dokumenty właściwie warunkują samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie, bowiem mają wpływ na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia. W ocenie TSUE gdyby zamawiający dopuścił taką zmianę potraktowałby tego wykonawcę korzystniej niż innych kandydatów a tym samym naruszyłby zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, zdaniem TSUE, wykonawca który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony na powoływanie się na zdolności podmiotów trzecich w ramach*

wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W stanie faktycznym niniejszej sprawy, podobnie jak w rozpatrywanej przez TSUE, odwołujący przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu składania ofert dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie tj. wykaz dostaw zrealizowanych przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia - takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa Trybunału i stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. Cytując stanowisko TSUE, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z takim uzupełnieniem dokumentów, które ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia. Gdyby więc instytucja zamawiająca dopuściła, by odwołujący złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz obowiązek przejrzystości. Należy zauważyć, że TSUE wydając przedmiotowe orzeczenie opierało się wprawdzie na przepisach dyrektywy z 2004 r., jednakże stanowisko w tym zakresie zachowuje swą aktualność na gruncie nowych unijnych regulacji. Art. 56 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że jeśli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą, chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej, żądać aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Te właśnie zasady miał na uwadze TSUE rozpoznając niniejszą sprawę i na tej podstawie uznał, że takie uzupełnienie czy doprecyzowanie informacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim w pierwotnie złożonej ofercie wykonawca powoływał się wyłącznie na własne zdolności. Te zasady obecne w dyrektywach z 2014 r., jak też nowych regulacjach unijnych w zakresie zamówień publicznych, znane są również w ustawie Prawo zamówień publicznych a ich rozumienie nie uległo zmianie. Wprawdzie dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i analogiczny przepis art. 79 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych,

*uchylającej dyrektywę 2004/17/WE stanowią, że instytucja zamawiająca/ podmiot zamawiający wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia, na które powołał się podmiot zamawiający, jednakże przepis ten należy traktować jako wyjątek, którego nie można rozszerzać. Dotyczy on jedynie tych przypadków, w których wykonawca powołuje się na zdolności podmiotów trzecich, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub podlegają wykluczeniu, nakazując w tej sytuacji zmianę podmiotu trzeciego. W zakresie jednak w jakim rozstrzygnięto w wyroku TSUE ws. Esaprojekt zastosowanie znajdzie omawiany wcześniej zakaz."*

Stwierdził, że stanowisko zarówno TSUE, jak i Krajowej Izby Odwoławczej dotyczy tożsamej sytuacji, w której wykonawca po upływie terminu składania ofert przedstawia zamawiającemu zobowiązanie podmiotu trzeciego, mimo iż na etapie składania deklarował samodzielne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz samodzielną realizację przedmiotu zamówienia, nie może budzić wątpliwości fakt, iż działanie konsorcjum nie powinno być uznane za prawidłowe.

Zdaniem odwołującego przedłożenie w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w treść pierwotnie złożonej oferty i powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 Pzp.

Co więcej – wywodził odwołujący – wprowadzenie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby po upływie terminu składania ofert stanowi *de facto* zmianę treści złożonej przez konsorcjum P. S. oferty, w konsekwencji czego doszło również do naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących dokumentów złożonych przez podmiot trzeci udostępniający zasoby odwołujący podniósł, że dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego nie dość, że nie powinny być uznane za prawidłowe w świetle powołanej powyżej argumentacji, to ponadto są błędne i niekompletne, ponieważ przede wszystkim uzupełnione zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie ma charakteru realnego.

Podał, że zgodnie z pkt V.4 SIWZ:

*„1) Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. 2) Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego*

podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 13-23 i ust. 5 Ustawy. 3) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Wskazał także, że zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia „W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. ”

Odwołujący stanął na stanowisku, że zobowiązanie Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. nie spełnia ww. wymagań, ponieważ wynika z niego jedynie, że podmiot trzeci zobowiązuje się oddać do dyspozycji wykonawcy „swoją wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny” i w ten sposób zamierza uczestniczyć w realizacji zamówienia – z tak sformułowanego zobowiązania nie wynika jaki jest konkretny sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, jak również nie wynika, czy Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o. o. zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą. Uzupełnił, że zakres zasobów opisany jako wiedza i doświadczenie jest tym samym niewystarczający. Stwierdził, że powołanie się na „wiedzę, doświadczenie oraz potencjał techniczny” bez wskazania sposobu i szczegółowego zakresu ich wykorzystania nie jest udostępnieniem realnym, ponieważ w zobowiązaniu powinno być określone, jakie konkretnie roboty budowlane wykona podmiot trzeci. Podkreślił, że nie jest wiadome jaka część prac zostanie wykonana przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. i czy ta część pokrywa się z zakresem udostępnionych zasobów, co jest szczególnie istotne w kontekście treści wymagań zawartych wprost w SIWZ, w której Zamawiający wskazał „W przypadku udostępnienia Wykonawcy przez podmiot trzeci swojej zdolności technicznej Wykonawca zapewni, iż ww. podmiot trzeci zobowiąże się do osobistego wykonania odpowiedniej części Zamówienia” (pkt V.1.2.c SIWZ).

Podsumował, że na podstawie dokumentu przedłożonego przez konsorcjum zamawiający nie może zweryfikować czy odpowiednia część zamówienia zostanie

zrealizowana przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o. o. – nie jest możliwe określenie obszaru prac, jakie wykona podmiot trzeci i czy ta część dotyczy zakresu udostępnionych przez podmiot trzeci zasobów.

Powołał się na wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2019 r. KIO 711/19: *„Dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca polegający na zdolnościach innego/innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu (w szczególności przedstawiając zobowiązanie tego/tych podmiotów), że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tego/tych podmiotów, niezbędnymi na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonywanej przez Zamawiającego. Na podstawie treści złożonego zobowiązania, Zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwi Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu”*

Dodatkowo podniósł, że biorąc pod uwagę fakt, że zobowiązanie Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. zostało uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp brak jest jakichkolwiek podstaw do wystosowywania kolejnego wezwania w tym zakresie. Podsumował, że brak realności uzupełnionego zobowiązania powinien skutkować wykluczeniem konsorcjum z postępowania.

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów zostało podpisane przez podmiot trzeci, tj. własnoręcznie przez Prezesa zarządu Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. R. K., a następnie zeskanowane i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Pana P. S. .

Stwierdził, że jest to elektroniczna kopia dokumentu potwierdzona za zgodność z oryginałem zobowiązania przez wykonawcę, jednak w treści zobowiązania brak jest upoważnienia wykonawcy do poświadczania dokumentów w imieniu podmiotu trzeciego.

Wskazał, że zgodnie z § 9 ust. 3 rozporządzenia *„Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub*

*sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą". Zauważył, że analogiczne wymaganie zostało przeniesione do pkt XI.2.3) SIWZ.*

Uznał, że w związku z tym, dokument złożony w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego został poświadczony za zgodność z oryginałem przez podmiot do tego nieupoważniony, tj. przez wykonawcę, a nie przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o.

Podniósł, że jeżeli intencją konsorcjum było wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w oparciu o zasoby udostępnione przez podmiot trzeci, to w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca powinien przedstawić zamawiającemu komplet dokumentów, tj. nie tylko zobowiązanie i oświadczenie Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. stanowiące referencję własną, ale również wykaz robót budowlanych oraz dokumenty wymagane od podmiotu trzeciego, tj. JEDZ oraz dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia dla tego podmiotu zgodnie z SIWZ (pkt V.4.2) SIWZ - art. 24 ust. 1 - 23 i ust. 5 Pzp).

Podkreślił, że ocena spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu odbywa się zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia na podstawie „*wykazu robót budowlanych (...) wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty*".

Wskazał, że na gruncie przepisów Pzp wykonawca zobowiązany jest złożyć zarówno wykaz robót budowlanych, jak i dowody potwierdzające ich należyte wykonanie, natomiast konsorcjum przedstawiło jedynie zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz jego oświadczenie stanowiące de facto dowód potwierdzający należyte wykonanie inwestycji własnej.

Podniósł, że jeżeli intencją konsorcjum było wskazanie nowego doświadczenia, to wykonawca zobowiązany był do uzupełnienia wykazu robót budowlanych, a nie tylko referencji; oświadczenie o należyтым wykonaniu, jak wynika z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia jest dokumentem składanym wyłącznie w celu potwierdzenia wykonania robót zgodnie z przepisami prawa i prawidłowego ich ukończenia jednak dokument ten nie zastępuje oświadczenia własnego wykonawcy, jakim jest wykaz robót budowlanych.

Uzupełnił, że bez znaczenia jest okoliczność, że z oświadczenia o należyтым wykonaniu mogą wynikać informacje o zakresie wykonanych robót i ich wartości.

Podsumował, że brak złożenia wykazu robót budowlanych stanowiącego oświadczenie wykonawcy powoduje, że nieuprawnione było uznanie, iż konsorcjum wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący podniósł nadto, że konsorcjum zobowiązane było do złożenia wszystkich dokumentów dla podmiotu trzeciego – JEDZ oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 Pzp. Wskazał, że obowiązek zbadania podstaw wykluczenia w tym zakresie jest wymagany na gruncie przepisu art. 22a ust. 3 Pzp i został również przewidziany w pkt V.4.2) SIWZ.

Stanął na stanowisku, że odstąpienie przez zamawiającego od tego wymagania na etapie badania oceny oferty konsorcjum nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia tak fatycznego, jak i prawnego.

Z ostrożności, na wypadek uznania doświadczenia wskazanego w pierwotnie złożonym przez konsorcjum wykazie robót budowlanych odwołujący podniósł, że takie działanie jest nieprawidłowe i prowadzi do niewykonania wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2019 r. KIO 1706/19; zamawiający nie wykonał wyroku Izby. Dodał, że dodatkowe opinie techniczne nie zmieniają prawomocnego w odniesieniu do pkt 1 sentencji wyroku Izby.

Podsumował, że doświadczenie pierwotnie wskazane w wykazie konsorcjum nie może być zatem uznane, gdyż nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z SIWZ odwołujący oświadczył, że podczas rozprawy w sprawie KIO 1706/19 konsorcjum złożyło dowód w postaci oferty od członka konsorcjum – H. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „HYDRO-GAZ Swarzędz” na wykonanie prac instalacyjnych, z którego wynika sposób wyceny dokonany przez wykonawcę w zakresie instalacji, które będzie należało wykonać w ramach przedmiotu zamówienia, a który potwierdza, że oferta konsorcjum podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ.

Wyjaśnił, że podano następujący sposób wyliczenia cen:

- Zewnętrzne instalacje wod-kan oraz c.o. 29 256,06 netto + 282 585, 18 zł netto = 311 841,24 zł netto
- Wewnętrzne instalacje wod-kan, c.o. w garażu podziemnym wraz z instalacjami podposadzkowymi, pionami:
- Instalacja c.o.: 1 806 879, 42 zł netto

- Instalacje wod-kan: 1 608 664,00 zł netto
- Wyposażenie w instalacje wod-kan: 956 861, 23 zł netto
- Wentylacja mechaniczna: 2 866 000,00 zł netto

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że jako instalacja wewnętrzna została wskazana instalacja wod-kan z wartością 956 861,23 zł netto.

Podał, że zgodnie z załączonym do oferty konsorcjum Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym stanowiącym załącznik nr 12 do SIWZ wartość 956 861,23 zł netto została uwzględniona w wycenie, jednakże została przypisana do grupy robót poza budynkiem, tj. do pozycji 5.1. tabeli Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego „*kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)*”.

Uznał, że w ramach pozycji „*kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)*”, która dotyczy robót budowlanych prowadzonych poza budynkiem (Uzbrojenie terenu), konsorcjum wyceniło inne roboty budowlane niż określił to zamawiający, tj. dotyczące instalacji wykonywanych wewnątrz budynku.

Stanął na stanowisku, że biorąc pod uwagę całkowitą zgodność wartości wskazanej w ofercie członka konsorcjum z pozycją 5.1 „*kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)*” Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego dołączonego do oferty konsorcjum oraz mając na uwadze fakt, że oferta członka konsorcjum została złożona jako dowód w sprawie KIO 1706/19 należy uznać, iż potwierdza to nieprawidłową, tj. niezgodną z wytycznymi zamawiającego wycenę przedmiotu zamówienia przez konsorcjum, co z kolei powinno prowadzić do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że zamawiający wezwał konsorcjum 3 października 2019 r., na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie – konsorcjum wskazało jedynie, że wyceny przedmiotu zamówienia dokonywał wykonawca, a zbieżność kwot jest przypadkowa.

W ocenie odwołującego wyjaśnienia w są mało wiarygodne, ponieważ członek konsorcjum, od którego oferta pochodzi jest wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum, jednak z oferty wynika wprost, że podmiot ten wycenił część prac instalacyjnych, za których wykonanie będzie odpowiedzialny na etapie realizacji i jego wycena została zastosowana w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym, z tym, że w odniesieniu do błędnie przypisanej pozycji - 5.1 „*kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)*”.

Odwołujący oświadczył, że nie zgadza się z konsorcjum co do tego, że wymagany Harmonogram Rzeczowo-Finansowy jest dokumentem zawierającym rubryki o charakterze ogólnym, rodzajowym, ponieważ stosownie do ust. 10 Rozdziału XIII (Sposób obliczenia ceny) „*Cena oferty powinna wynikać z kalkulacji przeprowadzonej przez Wykonawcę oraz być zgodna z załączonym do oferty harmonogramem rzeczowo-finansowym*”.



Podał, że we wzorze Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego zamawiający wskazał konkretne zakresy prac, które wykonawca składając ofertę w postępowaniu powinien wycenić oraz określił ściśle zasady wyceny przedmiotu zamówienia, wskazując rozkład propozycji struktury procentowej nakładów, wobec czego Harmonogram Rzeczowo-Finansowy stanowi treść oferty oraz ma istotne znaczenie z punktu widzenia jej oceny.

Stwierdził, że zamawiający w ww. dokumencie podzielił roboty budowlane na grupy – „*Roboty przygotowawcze placu budowy netto*”, „*Roboty Budowlane Obiektu*” oraz „*Urządzenie terenu*”; w ramach każdej z grup robót zamawiający wymagał przedstawienia przez wykonawców wyceny poszczególnych zakresów prac, przy czym zakresy te zostały wprost określone w przygotowanym przez zamawiającego wzorze stanowiącym Załącznik nr 12 do SIWZ; zamawiający zastrzegł, że poszczególne zakresy wycenionych prac nie mogą przekraczać określonej wartości procentowej w skali całego kontraktu.

Uznał, że wykonawca nie miał zatem całkowitej dowolności w wycenie przedmiotu zamówienia bowiem zobowiązany był do wyceny ściśle określonych przez zamawiającego pozycji Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego.

W ocenie odwołującego fakt, iż zamawiający określił konkretne zakresy prac podlegające wycenie oraz określił procentową strukturę wyceny za niedopuszczalne należy uznać wycenianie w ramach Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego innych prac niż określone w konkretnych pozycjach Załącznika nr 12 do SIWZ – skoro z przedłożonego przez konsorcjum dowodu w postaci oferty od członka konsorcjum wynika, że wykonawca dokonał w ramach pozycji 5.1 tabeli Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego „*kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)*” wyceny prac związanych z wewnętrznymi instalacjami wod-kan, to postępowanie takie powinno skutkować uznaniem oferty tego wykonawcy za niezgodną z treścią SIWZ.

Odwołujący ocenił, że konsorcjum w rzeczywistości nie przedstawiło wyceny pozycji 5.1. tabeli Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego „*kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)*”, mimo iż dokumentacja przetargowa nakładała taki obowiązek na wykonawców.

Uzupełnił, że działanie takie jest nie tylko niezgodne z wytycznymi zawartymi w SIWZ i potwierdza, że wykonawca nie przedstawił zamawiającemu rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia, ale również czyni przedstawiony w Harmonogramie konsorcjum rozkład struktury procentowej nakładów *de facto* iluzorycznym. Skoro konsorcjum podczas rozprawy KIO 1706/19 przedłożyło dowód potwierdzający, że w pozycji 5.1 tabeli Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego „*kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa)*” wyceniono prace dotyczące innej grupy robót (roboty budowanego obiektu), to należy uznać, że rozkład nakładów jest nieprawidłowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 22 października 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 31 października 2019 r., Stanowiska przystępującego – pismo z dnia 29 października 2019 r., wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2019 r. zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – bezpodstawne uznanie jej za najkorzystniejszą oznaczałoby, że odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia – oferta odwołującego została sklasyfikowana bezpośrednio na oferta przystępującego.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby, tak jak Izba w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 nie podzieliła poglądu zamawiającego, iż odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wobec okoliczności, iż cena jego oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Za ww. wyrokiem Izby wskazać należy, że w sytuacji, w której odwołujący pozostaje uczestnikiem postępowania, tj. jego oferta nie została prawomocnie odrzucona, a on wykluczony z udziału w postępowaniu, to okoliczność dotycząca ceny oferty nie może skutkować uznaniem braku interesu we wniesieniu odwołania. Budżet przeznaczony na realizację zamówienia może zostać zmieniony, nie jest to wykluczone przepisami prawa. Jest to okoliczność obiektywna i niezależnie od twierdzeń zamawiającego o definitywnym charakterze kwoty przeznaczonej na realizację zamówienia. W takiej sytuacji stwierdzenie braku interesu po stronie odwołującego, gdy możliwość uzyskania zamówienia zależna jest od decyzji zamawiającego byłoby zbyt daleko idącym ograniczeniem możliwości wniesienia środka ochrony praw, jakim jest odwołanie.

Uzupełniająco podniesienia wymaga, że zamawiający nie złożył żadnych dowodów na poparcie twierdzenia o braku możliwości zwiększenia budżetu na realizację przedmiotu zamówienia, a nadto, że zamawiający wprost oświadczył, że „jedynie” „*na chwile obecną niemożliwe jest zwiększenie tego finansowania*” (str. 5 Odpowiedzi na odwołanie, przedostatni akapit).

Wobec oświadczenia przez odwołującego na rozprawie, że cofa zarzuty ujęte w części III pkt 1 – 5 odwołania, tj. zarzuty:

1. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej z uwagi na fakt, że w sytuacji gdy w ofercie przystępujący zadeklarował samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz realizację przedmiotu zamówienia bez udziału podmiotu trzeciego nie było uprawnione do skorzystania po terminie składania ofert z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz przedłożenia w tym celu zobowiązania Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. oraz poprzez prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji treści oferty i dokonanie przez przystępującego jej zmiany, poprzez wprowadzenie po terminie składania ofert podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie przez zamawiającego, że ww. wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej,
2. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż udostępnienie zasobów przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. nie ma charakteru realnego – w zobowiązaniu brak określenia sposobu wykorzystania zasobów przy realizacji zamówienia, zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia oraz wskazania czy podmiot Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą,
3. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż zobowiązanie do udostępnienia zasobów złożone przez Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. wraz z oświadczeniem tego podmiotu o wykonaniu inwestycji własnej zostały poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, który nie posiadał do tego uprawnienia, a nie przez podmiot trzeci oraz poprzez uznanie, iż złożenie zobowiązania w formie poświadczonej elektronicznie przez wykonawcę kopii jest wystarczające do udowodnienia przez przystępującego polegania na zasobach podmiotu trzeciego,

4. zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów uzupełnił zobowiązanie Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. wraz z referencją wystawioną przez ten podmiot dla inwestycji własnej, jednak przystępujący nie przedłożył wykazu robót budowlanych, podczas gdy wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o wykaz robót budowlanych oraz dowody potwierdzające należyte wykonanie zamówień,
  5. zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego pomimo, iż wykonawca ten nie złożył dokumentów wymaganych dla podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby – w tym JEDZ oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia,
- skład orzekający Izby umorzył postępowania odwoławcze w tym zakresie.

Zarzuty: zaniechania wykonania wyroku Izby, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp oraz – w związku z naruszeniem tego przepisu – niezapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

Od tej czynności odwołanie złożył obecny odwołujący – sprawa o sygn. akt KIO 1706/19.

W sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, uwzględniając odwołanie w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp i naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ, mimo iż przystępujący nie wykazał, że posiada doświadczenie odpowiadające wymaganiom sformułowanym w warunku i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ.

Pismem z dnia 27 września 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że unieważnia czynności: oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zapowiedział powtórzenie czynności oceny ofert.

Pismem z dnia 30 września 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego do „uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o której mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Pismem z dnia 30 września 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ, czym wykonał nakaz Izby.

O takim wniosku przesądza porównanie brzmienia nakazu Izby w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 z treścią wezwania z dnia 30 września 2019 r.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zarzut zaniechania wykonania przez zamawiającego wyroku Izby oraz zarzut niezapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej nie potwierdziły się.

Zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo, iż wykonawca ten wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w oparciu o doświadczenie, które nie potwierdza spełniania warunku sformułowanego w pkt V.1.2.c SIWZ, co potwierdziła w orzeczeniu Krajowa Izba Odwoławcza, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp oraz – w związku z naruszeniem tych przepisów – zarzut niezapewnienia zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale V pkt. 1 ppkt 2) lit. c SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zdolności technicznej, tj. wykonawca obowiązany jest wykazać, że „*posiada zdolność techniczną polegającą na wykonaniu w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał prawidłowo, terminowo i zgodnie z zasadami wiedzy technicznej co najmniej jedną robotę budowlaną o wartości co najmniej 20 mln zł (słownie: dwadzieścia milionów złotych) obejmującą wykonanie min. dwóch budynków mieszkalnych, wielorodzinnych lub zespołu budynków mieszkaniowych wielorodzinnych, wraz z instalacjami i urządzeniami technicznymi (elektrycznymi, teletechnicznymi i sanitarnymi, z kompleksową infrastrukturą zewnętrzną*

*i urządzeniem terenu, o powierzchni użytkowej budynku/ów min. 10 000,00 m<sup>2</sup> lub ze 100 lokalami mieszkalnymi, wraz z parkingiem podziemnym wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej min. 1 501,00 m<sup>2</sup>, które są zakończone, odebrane i na które została wydana ostateczna decyzja o pozwoleniu na użytkowanie. W przypadku podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie, co najmniej jeden musi spełniać powyższy warunek. Oznacza to, że Zamawiający nie uzna sumowania doświadczenia podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie”.*

Zamawiający w dalszej części ww. postanowienia SIWZ wskazał, że na potwierdzenie wykazania spełniania tego warunku wykonawca, którego oferta zostanie oceniona jako najkorzystniejsza przedstawi na jego żądanie – w trybie art. 24aa ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – dowody, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) [dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”].

Poza sporem był fakt, że na pierwotne wezwanie zamawiającego, poprzedzające wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej z dnia 23 sierpnia 2019 r., przystępujący złożył:

- Wykaz robót budowlanych, ujmujący jedną pozycję: *„Wykonanie czterech budynków (dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, budynku mieszkalno-usługowo-handlowego) wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną, dwoma zjazdami i ścieżką pieszko rowerową przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu 143 lokale mieszkalne z parkingiem wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej 2 515,65 m<sup>2</sup>”.*
- Referencję z dnia 1 sierpnia 2019 r. – tegoż zamawiającego – oświadczenie, że przystępujący wraz z innymi (2) firmami wykonał przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu garaż podziemny o powierzchni użytkowej 2 515,65 m<sup>2</sup>.

Od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 sierpnia 2019 r. odwołanie złożył obecny odwołujący.

W sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok, uwzględniając odwołanie w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp i naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ, mimo iż przystępujący nie wykazał, że posiada doświadczenie odpowiadające wymaganiom sformułowanym w warunku i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności oceny ofert, w tym

wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp obecnego przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V.1.2.c SIWZ.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza oceniła:

*„W ocenie Izby należało uznać, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2.c SIWZ, wobec czego wybór jego oferty był nieuprawniony i Zamawiający winien wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie, co przesądziło o częściowym uwzględnieniu odwołania. Do konkluzji tej Izba doszła uwzględniając następujące okoliczności. Izba przyznała rację Odwołującemu, że roboty, na które powołał się Przystępujący dla wykazania warunku udziału w postępowaniu z pkt V.1.2.c – tj. wykonanie budynków przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu wraz z parkingiem wielostanowiskowym nie potwierdzają posiadania wymaganego doświadczenia.”* (str. 15)

oraz

*„Przystępujący, powołując się na doświadczenie zdobyte w realizacji inwestycji przy ul. Palacza w Poznaniu nie wykazał doświadczenia w wykonaniu parkingu podziemnego wielostanowiskowego o powierzchni min. 1 501,00 m<sup>2</sup>, gdyż w ramach rzeczonyj inwestycji nie wykonano takiego parkingu. W tej sytuacji Zamawiający winien był na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a zaniechawszy powyższego, dopuścił się naruszenia normy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.”* (str. 17).

Pismem z dnia 27 września 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że unieważnia czynności: oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zapowiedział powtórzenie czynności oceny ofert.

Pismem z dnia 30 września 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego do „uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, o której mowa w Rozdziale V ust. 1 pkt 2) lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

Pismem z dnia 7 października 2019 r. przystępujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. – „przesyłamy dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej”.

Były to:

- „Opinia techniczno-funkcjonalna dotycząca informacji zawartych w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej Sygn. Akt: KIO 1706/19 z dnia 17 września w sprawie zamówienia

*publicznego konsorcjum (...)*” z dnia 7 października 2019 r., sporządzona przez dr inż. arch R. P.,

- Orzeczenie techniczne dotyczące *„Zespołu obiektów mieszkalnych wraz ze zjazdami z drogi publicznej i ciągiem pieszko-rowerowym”* – ul. Palacza, nr działki 13/59 i 13/60, Poznań, sporządzone przez dr inż. arch. R. P. na zlecenie z dnia 2 października 2019 r. Firmy Remontowo-Budowlanej P. S. z Poznania (60-102),
- Oświadczenie Pekabud-Morasko Inwestycje Sp. z o.o. z dnia 17 czerwca 2019 r.,
- Zobowiązanie Pekabud-Morasko Inwestycje Sp. z o.o. z dnia 17 czerwca 2019 r.

Przystępujący załączył nadto pismo z dnia 6 października 2019 r. prezentujące jego stanowisko co do spełniania przez niego warunku w zakresie zdolności technicznych, bazujące na ww. orzeczeniu i opinii.

Pismem z dnia 9 października 2019 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty przystępującego.

W Odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 października 2019 r. zamawiający oświadczył, że *„dokonał oceny złożonych w Postępowaniu ofert bez uwzględnienia zobowiązania Pekabud-Morasko Inwestycje sp. z o.o. udzielonego w dniu 17 czerwca 2019 roku.”* (str. 8, ostatni akapit), składając także na posiedzeniu Oświadczenie Komisji przetargowej z dnia 28 października 2019 r., zgodnie z którym *„zobowiązanie Firmy PEKABUD-MORSKO Inwestycje sp. z o.o. dotyczące ewentualnego skorzystania z ich wiedzy i doświadczenia, nie zostało uwzględnione przez Komisję, ponieważ uznanie tego zobowiązania byłoby istotną zmianą oferty, co nie jest dopuszczalne przez prawo (patrz orzeczenie TSUE z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14). Komisja dokonała oceny na podstawie innych wyjaśnień i dokumentów złożonych przez Konsorcjum (...) w postępowaniu i na podstawie posiadanej wiedzy Zamawiającego dotyczącej przedmiotowej inwestycji.”*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Zgodnie z przywołanym przez zamawiającego w rozdziale V pkt. 1 ppkt 2) lit. c SIWZ § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów *„W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (...) dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykaz robót budowlanych (...) z załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie (...) przy czym dowodami, o których mowa są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane”.*

Przystępujący bezsprzecznie złożył będący oświadczeniem własnym wykonawcy –



Wykaz robót budowlanych („Wykonanie czterech budynków (dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych, budynku mieszkalno-usługowo-handlowego) wraz z infrastrukturą wewnętrzną i zewnętrzną, dwoma zjazdami i ścieżką pieszko rowerową przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu 143 lokale mieszkalne z parkingiem wielostanowiskowym o powierzchni użytkowej 2 515,65 m<sup>2</sup>”) oraz referencje podmiotu, na rzecz którego roboty były wykonane – tegoż zamawiającego.

Stwierdzić zatem ponad wszelką wątpliwość należy, że przystępujący złożył zamawiającemu rodzaje dokumentów przewidziane w rozporządzeniu w sprawie dokumentów o określonej, prawidłowej – co do zakresu informacji treści – treści dotyczącej inwestycji przy ul. Palacza 134 do 140A w Poznaniu.

Stanowisko zamawiającego i przystępującego jakoby nakazane przez Izbę wyrokiem zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 uzupełnienie dokumentów mogło dotyczyć pozycji uprzednio wskazanej przez przystępującego w Wykazie robót budowlanej jest nieprawidłowe, ponieważ co do tej pozycji wypowiedziała się już Izba w wyroku, oceniając ją jako taką, która nie potwierdza warunku w zakresie zdolności technicznej na podstawie zgodnych z rozporządzeniem w sprawie dokumentów, zgodnych co do rodzaju i zakresu informacji, które winny zawierać dokumentów (przywołane powyżej fragmenty wyroku ze strony 15 i 17).

Przystępujący był także przystępującym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 i mógł wówczas składać wszelkie dowody na potwierdzenie, że wskazana w Wykazie robót inwestycja przy ul. Palacza w Poznaniu jest adekwatna do roboty opisanej w warunku w tym w szczególności mógł złożyć dowody jak te złożone na wezwanie zamawiającego z dnia 30 września 2019 r. (orzeczenie i opinia techniczno-funkcjonalna).

Podnieść także należy, że Izba w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19, nakazując zamawiającemu wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów, nie wskazała, w jaki sposób miałyby nastąpić uzupełnienie dokumentów już przez przystępującego złożonych, nie nakazała także zamawiającemu wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień pomimo, że złożenie wyjaśnień dopuszcza art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jest to zrozumiałe. Skoro bowiem Izba nie dostrzegła żadnych kwestii wątpliwych dotyczących inwestycji przy ul. Palacza w Poznaniu, to nie miała podstaw, aby nakazywać ich wyjaśnienie. Dostrzec przy tym należy, że zamawiający, w ślad za wyrokiem Izby musiałby wskazać w kierowanym do wykonawcy wezwaniu, wyjaśnienia jakich wątpliwości oczekuje, co wynika z brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – „Jeżeli wykonawca nie złożył (...) dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, (...) oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości (...)”.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że zamawiający, w wezwaniu z dnia 30 września 2019 r., nie tylko nie wskazał – jak wymaga tego przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wyjaśnienia, jakich wątpliwości oczekuje, ale nawet nie wspomniał o jakichkolwiek wątpliwościach.

Także na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że dokumenty – orzeczenie i opinia techniczno-funkcjonalna nie mogą być zakwalifikowane jako dokumenty na potwierdzenia spełniania warunku, ponieważ nie są to rodzaje dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów.

Zaznaczenia nadto wymaga, że Izba w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 nie mogła nakazać w sentencji wyroku wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, ponieważ obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest „poprzedzenie” takiego wykluczenia wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Uwzględniając powyższe, uznać należy, że zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, ponieważ zamawiający ocenił, że przystępujący spełniania warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej na podstawie tej samej pozycji Wykazu robót budowlanych, którą Izba w wyroku zapadłym w sprawie o sygn. akt KIO 1706/19 oceniła negatywnie (i w odniesieniu do której brak było jakichkolwiek wątpliwości, wymagających wyjaśnień), co uzasadnia przypisanie zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji także art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzuty: zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ w zakresie w jakim wykonawca ten wycenił w ramach Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego inne prace niż określone w konkretnych pozycjach Załącznika nr 12 do SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz – w związku z naruszeniem tego przepisu – niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób niezgodny z przepisami Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby rację przyznał odwołującemu co do tego, że niewiarygodnym jest – a to ze względu na ośmiocyfrową wartość wyceny (956 861,23 zł) – aby miała miejsce „przypadkowa” tożsamość wyceny dwóch różnych, odmiennych pozycji.

W ocenie składu orzekającego Izby nie ma jednak podstaw ku temu, aby przyjąć, że wycena odnosząca się do będącej przedmiotem postępowania inwestycji członka konsorcjum, ujęta w ofercie z dnia 12 czerwca 2019 r. to jednocześnie wycena konsorcjum w zakresie instalacji, ujęta w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym (dalej „Harmonogram”), ponieważ niezasadnym jest przyjęcie, że konsorcjum w sposób automatyczny i bezrefleksyjny przenosiło wartości wynikające z uzyskanych ofert, w tym tej pochodzącej od członka konsorcjum do Harmonogramu.

W ofercie członka konsorcjum z dnia 12 czerwca 2019 r.:

- w pkt. 1 podano wartości dotyczące instalacji c.o. oraz zewnętrznych instalacji wodno-kanalizacyjnych, przy czym zauważyć należy, że wartość wskazana w ofercie dla instalacji wodno-kanalizacyjnej (282 585,18 zł) odpowiada wartości pozycji 5.1. – uzbrojenie terenu wodociągowe (282 585,18 zł) pomimo, że zakres wyceny jest szerszy i obejmuje również instalację kanalizacyjną (co wynika z użycia „instalacje wod-kan), co przemawia za brakiem „automatyzmu” w „przenoszeniu” pozycji z oferty do Harmonogramu,
- w pkt. 2 podano wartości dotyczące wewnętrznych instalacji wodno-kanalizacyjnych dwukrotnie: jako instalacje wodno-kanalizacyjne o wartości 1 608 664,00 zł oraz jako wyposażenie w instalacje wodno-kanalizacyjne o wartości 956 861,23 zł, przy czym pierwsza z wartości odpowiada wartości z pozycji 4.1. Harmonogramu instalacje sanitarne wewnętrzne (wod-kan), druga odpowiada wartości z pozycji 5.1. Harmonogramu kanalizacja (ogólnospławna lub sanitarna i deszczowa), co nasuwa wniosek, że w ofercie z dnia 12 czerwca 2019 r. doszło raczej do omyłkowego opisu wartości 956 861,23 zł jako dotyczącej instalacji wewnętrznych, za czym przemawia to, że instalacje wewnętrzne zostały już wycenione w tejże ofercie (1 608 664,00 zł), a nadto fakt, że oferta przetargowa jest ofertą konsorcjum, którego członkiem jest składający ofertę z 12 czerwca 2019 r., a co oznacza, że Harmonogram został złożony także przez składającego ofertę z kwalifikacją kwoty 956 861,23 zł jako dotyczącą kanalizacji ogólnospławnej lub sanitarnej i deszczowej (zewnętrznej).

Zauważyć także należy, że jak każdej ofercie poprzedzającej kalkulację ceny oferty przetargowej, tak też ofercie z dnia 12 czerwca 2019 r. należy przypisać „jedynie” charakter „wyjściowy” tak co do wartości, jak i podstaw wyliczeń – członkowie konsorcjum w ramach dalszych, własnych ustaleń mogli dostrzec omyłkowy opis i przyjąć, że pozycja o wartości 956 861,23 zł dotyczy instalacji zewnętrznej – kanalizacji ogólnospławnej lub sanitarnej i deszczowej.

Wobec powyższego, abstrahując od oceny charakteru samego Harmonogramu jako

dokumentu o charakterze pomocniczym (ocena zamawiającego i przystępującego), czy też dokumentu o istotnym znaczeniu z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ (ocena odwołującego), skład orzekający Izby uznał, że nie można ocenić, że przystępujący nieprawidłowo, tj. niezgodnie z wytycznymi zamawiającego dokonał wyceny przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....