

Sygn. akt: KIO 156/13

**WYROK**  
**z dnia 11 lutego 2013 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Bogdan Artymowicz**

**Członkowie:** **Barbara Bettman**

**Renata Tubisz**

**Protokolant:** **Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2013 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2013 r. przez **wykonawcę ALLCON Budownictwo Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., 81-537 Gdynia, ul. Łużycka 6**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gdański Teatr Szekspirowski, 80826 Gdańsk, ul. Ogarna 101**,

przy udziale Wykonawcy - **NDI S.A., ul. Powstańców Warszawy 19, 81-718 Sopot** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – konsorcjum firm: **Eneo-Nord Sp. z o.o., S.A. De Obras y Servicios Copasa S.A., ul. Budowlanych 42, 80-178 Gdańsk** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **wykonawcę ALLCON Budownictwo Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., 81-537 Gdynia, ul. Łużycka 6** i
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ALLCON Budownictwo Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A., 81-537 Gdynia, ul. Łużycka 6** tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 w Gdańsku.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający Gdański Teatr Szekspirowski prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest budowa siedziby Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego.

W dniu 15 stycznia 2013 r., zamawiający poinformował wykonawców, o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż w przedmiotowym postępowaniu nie wykluczył żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej oferty.

Od powyższych czynności zamawiającego w dniu 25 stycznia 2013 r., odwołanie złożył wykonawca ALLCON Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością S.K.A. z siedzibą w Gdyni [dalej także, jako „ALLCON”]. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także, jako „Pzp”]:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegające na niezgodnym z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia [dalej także jako „SIWZ”], obliczeniu punktów przyznanych ofercie wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w kryterium cena zamówienia brutto oraz punktów łącznie przyznanych ofercie tego wykonawcy, według informacji zawartej w zawiadomieniu pierwotnie wystosowanym do wykonawców w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;
- 2) art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu unieważnienia pierwotnie wystosowanego do wykonawców zawiadomienia wystosowanego w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zakresie informacji o punktacji przyznanej wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w kryterium cena zamówienia brutto oraz o łącznej punktacji przyznanej temu wykonawcy;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a zarazem nie zachodzą podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty wykonawcy ND! S.A. z siedzibą w Sopocie jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu ze względu na niezgodność jej treści z treścią SIWZ;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 4w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na

zaniechaniu wykluczenia wykonawcy NDI S.A. z siedzibą w Sopocie z przedmiotowego postępowania, pomimo iż wykonawca ten – pomimo wezwania wystosowanego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – nie wykazał spełniania postawionego przez Zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie stanowisk: a) Kierownik robót sanitarnych oraz b) Kierownik robót elektrycznych oraz wyborze oferty wykonawcy NDI S.A. podlegającego wykluczeniu;

- 6) art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy NDI S.A. do złożenia (uzupełnienia) w wyznaczonym terminie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Potwierdzającego spełnianie przez tego wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie stanowisk: a) Kierownik budowy, b) Kierownik robót sanitarnych, c) Kierownik robót elektrycznych, d) Kierownik robót telekomunikacyjnych, tudzież do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez tego wykonawcę wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia;
- 7) art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy NDI S.A. do złożenia (uzupełnienia) w wyznaczonym terminie wykazu robót budowlanych, potwierdzającego spełnianie przez tego wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. tudzież do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących złożonego przez tego wykonawcę wraz z ofertą wykazu robót budowlanych;
- 8) art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty wykonawcy NDI S.A., jako najkorzystniejszej, pomimo iż dokumenty złożone przez tego wykonawcę wraz z ofertą nie potwierdzały spełniania przezeń warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający nie przeprowadził należytej weryfikacji spełniania tych warunków;
- 9) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 82 ust. 2, art. 23 ust. 1 i art. 23 ust. 2 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na przyjęciu, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do skutecznego i ważnego złożenia wspólnej oferty przez działających w konsorcjum wykonawców ENEO-NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz S.A. De Obras y Servicios COPASA z siedzibą w Ourense (Hiszpania) [dalej także „Konsorcjum Eneo-Nord”], oraz na zaniechaniu odrzucenia tej oferty, pomimo braku podpisania oferty (formularza oferty) przez osobę umocowaną do reprezentacji ENEO-NORD Sp. z o.o. z

siedzibą w Gdańsku;

- 10) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp polegające na :zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Eneo-Nord, pomimo iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ, a zarazem nie zachodzą podstawy do zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy Pzp;
- 11) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 23 ust. 1 i art. 23 ust. 2 ustawy Pzp oraz z art. 106 kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Eneo-Nord do złożenia (uzupełnienia) w wyznaczonym terminie pełnomocnictw potwierdzających umocowanie osoby wskazanej jako pełnomocnik wykonawców ubiegających się w ramach konsorcjum o udzielenie zamówienia(wykonawców będących członkami konsorcjum);
- 12) art. 26 ust. 31 art. 26 ust. 4w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Eneo-Nord do złożenia (uzupełnienia) w wyznaczonym terminie wykazu robót budowlanych, potwierdzającego spełnianie przez Konsorcjum postawionego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tudzież do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą wykazu robót budowlanych;
- 13) art. 26 ust. 3 l art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Eneo-Nord do złożenia (uzupełnienia) dowodów dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w osobie TIM-NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postaci niezbędnej do realizacji zamówienia wiedzy i doświadczenia. tudzież do złożenia wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą oświadczenia tego podmiotu;
- 14) ) art. 26 ust. 31 art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Eneo-Nord do złożenia (uzupełnienia) wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, potwierdzającego spełnianie przez Konsorcjum postawionego przez Zamawiającego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie stanowiska: Kierownik budowy, tudzież do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia;
- 15) art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Eneo-Nord do złożenia (uzupełnienia) dowodów dysponowania: zasobami podmiotu trzeciego w osobie TIM-NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w postaci osób zdolnych do

wykonania zamówienia (w zakresie stanowisk: a) Kierownik Zespołu i b) Kierownik budowy). zasobami podmiotów trzecich w osobach K..... K....., J..... W....., Z..... W..... w postaci osób zdolnych do wykonania zamówienia (w zakresie stanowisk: a) Kierownik robót sanitarnych, b) Kierownik robót elektrycznych, c) Kierownik robót telekomunikacyjnych), tudzież do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą oświadczenia tego podmiotu;

- 16) art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Konsorcjum Eneo-Nord do złożenia (uzupełnienia) dowodu opłacenia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, tudzież do złożenia w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez Konsorcjum wraz z ofertą dowodu opłacenia polisy;
- 17) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp polegające na nierównym traktowaniu wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Polegającym na zastosowaniu trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp jedynie wobec niektórych spośród wykonawców, pomimo zajęcia przesłanek stosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp także wobec innych wykonawców, co stawia wykonawców dotychczas niewzywanych przez Zamawiającego do uzupełnień/wyjaśnień (tj. Konsorcjum Eneo-Nord) w uprzywilejowanej pozycji względem pozostałych wykonawców.

Odwołujący wnosil o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy NDI S.A., jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności obliczenia punktów przyznanych wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w kryterium cena zamówienia brutto oraz punktów łącznie przyznanych temu wykonawcy, według informacji zawartej w zawiadomieniu pierwotnie wystosowanym do wykonawców w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp;
- 3) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, w tym:
  - a) nakazanie prawidłowego obliczenia i opublikowania punktacji przypadającej ofertom poszczególnych wykonawców,
  - b) nakazanie odrzucenia oferty NDI S.A. z siedzibą w Sopocie,
  - c) nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum Eneo-Nord,

- d) nakazanie wezwania wykonawcy NDI S.A. do złożenia (uzupełnienia) dokumentów potwierdzających spełnianie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub/i wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – w razie nieuwzględnienia zarzutów dotyczących podstaw do odrzucenia oferty tego wykonawcy,
- e) nakazanie wezwania Konsorcjum Eneo-Nord do złożenia (uzupełnienia) dokumentów potwierdzających spełnianie przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych pełnomocnictw lub/i do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów złożonych wraz z ofertą w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i art. 26 ust. 4 ustawy Pzp – w razie nieuwzględnienia zarzutów dotyczących podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum Eneo-Nord lub podstaw do uznania jej za niezłożoną (nieskutecznie złożoną).

4) nakazanie ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odwołujący odnosząc się do poszczególnych zarzutów wskazywał, iż:

Ad 1) i 2) Zamawiający, wystosowując poprawione zawiadomienie, formalnie nie unieważnił podanego pierwotnie do wiadomości zestawienia punktacji przyznanej poszczególnym ofertom, w tym ofercie KB DORACO Sp. z o.o., jak również mając na uwadze to, że nie jest Odwołującemu wiadome, czy Zamawiający przesłał poprawione zawiadomienie w trybie art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wszystkim zainteresowanym wykonawcom, Odwołujący w ramach niniejszego odwołania z ostrożności zarzuca zamawiającemu dokonanie błędnego, tj. niezgodnego z treścią Rozdziału 22 pkt 22.2. SIWZ obliczenia punktów przyznanych ofercie wykonawcy KB DORACO Sp. z o.o. w kryterium cena zamówienia brutto oraz punktów przyznanych łącznie ofercie temu wykonawcy. Błędne obliczenie punktacji przyznanych ofercie tego wykonawcy doprowadziło do zawyżenia przez Zamawiającego należnej tej ofercie punktacji. Prawidłowe obliczenie punktacji dla oferty złożonej przez KB DORACO Sp. z o.o. powoduje, iż oferta ta plasuje się na miejscu czwartym pod względem punktacji łącznej, tj. za ofertą Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający winien był również unieważnić czynność zawiadomienia pierwotnie wystosowanego do wykonawców w zakresie informacji o punktacji przyznanej wykonawcy KB DORACO Sp. z o.o. w kryterium „Cena zamówienia (brutto)” oraz o łącznej punktacji przyznanej temu wykonawcy.

Ad 3) i 4) Zamawiający wymagał, aby ruszty (tj. kratki) odwodnień liniowych ACO były wykonane ze stali nierdzewnej. Tymczasem Wykonawca NDI S.A. przedłożył w ramach swej oferty kosztorys ofertowy, w którym w części kosztorysu poświęconej instalacji kanalizacji deszczowej (poz. 1.5. kosztorysu, str.54 i 55 oferty) przyjął odmienne rozwiązanie, tj. ruszty

(kratki) ocynkowane (poz. 1.5.2. I poz. 1.5.3. kosztorysu). Zdaniem Odwołującego, opisany element kosztorysu ofertowego jest niezgodny z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w tym z dokumentacją projektową, jako że przewiduje rozwiązanie techniczne (materiał) wyraźnie sprzeczne jasno wyartykułowanymi oczekiwaniami Zamawiającego odnośnie szczegółów (rusztów) dotyczących odwodnień liniowych na dachach budynku Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego. Odwołujący wskazywał również, iż opisanego wyżej rozwiązania (materiału) przedstawionego przez NDI S.A. nie można traktować jako rozwiązania równoważnego w rozumieniu Rozdziału 4 pkt 4.6. SIWZ. W ocenie odwołującego nie został spełniony warunek zastosowania materiałów o parametrach nie gorszych od zaprojektowanych. Nie został również spełniony warunek wykazania przez wykonawcę, że przedstawione przezeń rozwiązanie zamienne spełnia wymagania Zamawiającego. Dalej odwołujący wskazywał, iż zamawiający wymagał aby ściany i sufity w pomieszczeniach nr 1.21, 1.21A, 1.22, 1.22A, 1.23, 1.24, 1.25, 1.26 zostały wykończone tynkiem barwionym w masie (koloru czarnego). Tymczasem Wykonawca NDI S.A. przedłożył w ramach swojej oferty kosztorys ofertowy, w którym w części kosztorysu poświęconej robotom stanu wykończeniowego wewnętrznego w zakresie sufitów (poz. 4.5. kosztorysu), przyjął odmienne rozwiązanie, tj. tynk barwiony (tynk gipsowy + malowanie) (poz. 4.5.2. kosztorysu, str. 65 oferty). Zdaniem Odwołującego, opisany element kosztorysu ofertowego jest niezgodny treścią SIWZ, jako że przewiduje rozwiązanie techniczne (materiał, sposób wykonania) wyraźnie sprzeczne z jasno wyartykułowanymi oczekiwaniami Zamawiającego odnośnie szczegółów dotyczących wykończenia w/w pomieszczeń. Odnośnie obrzeży Zamawiający wymagał obrzeży granitowych szarych o wymiarach 8x20x100 cm. Tymczasem Wykonawca NDI S.A. przedłożył w ramach swej oferty kosztorys ofertowy, w którym w części poświęconej robotom drogowym (str. 68-69 oferty), przyjął odmienne rozwiązanie, tj. obrzeża betonowe o wymiarach 30x8 cm na podsypce cementowej (poz. 1.10.2. kosztorysu drogowego, str. 69 oferty). Zdaniem Odwołującego, opisany element kosztorysu jest niezgodny z treścią SIWZ, jako że przewiduje rozwiązanie techniczne (materiał) wyraźnie sprzeczne z jasno wyartykułowanymi oczekiwaniami odnośnie szczegółów dotyczących wykonania układu drogowego na działce, na której lokalizowany jest budynek GTS w Gdańsku. Sprzeczność zaoferowanego elementu dotyczy przy tym zarówno jego rodzaju materiału, z którego jest wykonany (beton zamiast granitu), jak i rozmiaru elementu (30x8 cm zamiast 8x20x100 cm). Odwołujący podnosił również, iż niezgodność treści oferty wykonawcy NDI S.A. z treścią SIWZ wyraża się również w nieuwzględnieniu w załączonym do oferty tego wykonawcy harmonogramie rzeczowo-finansowym wymagania Zamawiającego, aby całkowita wartość faktur częściowych nie przekraczała 90% wartości Umowy. Wykonawca NDI S.A. przedłożył w ramach swojej oferty harmonogram rzeczowo-finansowy, sprzeczny z wyżej opisanym wymaganiem



Zamawiającego co do proporcji wartości faktur częściowych (str. 78 oferty). Ostatnia z przewidzianych w harmonogramie wykonawcy płatności netto, przypadająca w grudniu 2013 roku (1.212.226,48 zł netto) stanowi bowiem jedynie około 3,4 % wartości umowy netto (35.252.743,00 zł), a zatem łączna kwota faktur częściowych za poprzedzające miesiące (luty – listopad 2013 roku) wynosi siłą rzeczy więcej niż 90% wartości umowy netto. Wykonawca rozłożył zatem harmonogramie ofertowym płatności w sposób odmienny od oczekiwanego przez Zamawiającego, a odstępstwo to ma charakter istotny, skoro wymóg Zamawiającego w tej materii został podniesiony do rangi głównych warunków finansowych.

Ad 5), 6), 7) i 8) w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia, złożonym pierwotnie wraz z ofertą, wykonawca NDI S.A. przedstawił osobę Pani K..... K..... na stanowisko Kierownika Robót Sanitarnych oraz osobę Pana K..... P..... na stanowisko Kierownika Robót Elektrycznych (str. 96 oferty), przy czym:

- 1) w przypadku Pani K..... K..... (Kierownik Robót Sanitarnych):
  - a) ze złożonego pierwotnie wykazu nie wynikało, czy w/w osoba posiada minimum 4 letnie doświadczenie jako kierownik robót sanitarnych lub kierownik budowy,
  - b) ze złożonego pierwotnie wykazu nie wynikało, jaką konkretnie funkcję pełniła w/w osoba przy inwestycjach (obiektach) wskazanych w wykazie (Park Wodny w Sopocie. MAKRO – CASH Gdynia. AUCHAN Gdańsk. Leroy Merlin Gdańsk. Billa Sopot. TOP MEBLE Gdańsk), a ściślej, czy w/w pełniła funkcje kierownika robót sanitarnych przy budowie tych obiektów,
  - c) ze złożonego pierwotnie wykazu wynikało, że wskazane w wykazie objekty (Park Wodny w Sopocie. MAKRO – CASH Gdynia. AUCHAN Gdańsk. Leroy Merlin Gdańsk. Billa Sopot. TOP MEBLE Gdańsk) nie należały do kategorii obiektów zaliczanych do klas 1211, 1220, 1261 lub 1262 według PKOB, a więc warunek Zamawiającego nie był spełniony,
  - d) ze złożonego pierwotnie wykazu nie wynikało, czy chodzi o inwestycje polegające na budowie wskazanych w wykazie obiektów (Park Wodny w Sopocie, MAKRO – CASH Gdynia, AUCHAN Gdańsk, Leroy Merlin Gdańsk, Billa Sopot, TOP MEBLE Gdańsk). Tymczasem zamawiający wyraźnie wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do określonych klas PKOB.
- 2) W przypadku Pana K..... P..... (Kierownik Robót Elektrycznych):
  - a) ze złożonego pierwotnie wykazu nie wynikało, czy w/w osoba posiada minimum 4-letnie doświadczenie jako kierownik robót elektrycznych lub kierownik budowy,
  - b) ze złożonego pierwotnie wykazu nie wynikało, jaką konkretnie funkcję pełniła w/w osoba przy inwestycji/ach (obiektach) wskazanych w wykazie (Projekt „Centrum Sopotu” w skład którego wchodzi: Hotel Sheraton, Dom Zdrojowy, Budynek

Biurowo- Parkingowy, Centrum Handlowo-Usługowe. Budynek Mieszkalny. Tunel i Bar Fantom) a ściślej, czy w/w pełnił funkcje kierownika robót elektrycznych przy budowie tych obiektów,

- c) ze złożonego pierwotnie wykazu nie wynikało, czy chodzi o inwestycje polegające na budowie wskazanych w wykazie obiektów (składających się na Projekt „Centrum Sopotu”). Tymczasem zamawiający wyraźnie wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do określonych klas PKOB,
- d) ze złożonego pierwotnie wykazu nie wynikało, aby w/w osoba posiadała wymagane przez Zamawiającego uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności sieci instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca NDI S.A. złożył nowy wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia z którego w ocenie odwołującego:

- 1) nadal nie wynika, czy Pani K..... K..... posiada minimum 4 letnie doświadczenie jako kierownik robót sanitarnych lub kierownik budowy,
- 2) ze złożonego w ten sposób nowego wykazu osób nadal nie wynika, jaką konkretnie funkcję pełniła w/w osoba przy inwestycjach (obiektach) wskazanych w wykazie (Biblioteka w Dobrym Mieście, Zamek w Bytowie, Muzeum Archeologiczne w Gdańsku, Budynek Wypoczynkowy dla MSW – „Jelitkowo”, Budynek biurowy Inwestprojektu Sopot, Budynek Konsulatu dla Rosji w Kijowie, Budynek biurowy ALFA PLAŻA Gdynia), a ściślej, czy w/w pełniła funkcje kierownika robót sanitarnych przy budowie tych obiektów,
- 3) ze złożonego w ten sposób nowego wykazu osób nadal nie wynika, czy chodzi o inwestycje polegające na budowie wskazanych w wykazie obiektów, tymczasem zamawiający wyraźnie wymagał doświadczenia w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do określonych klas PKOB.

Dalej odwołujący wskazywał, iż w owym wykazie osób wykonawca NDI S.A. zadeklarował Pana R..... M..... do pełnienia funkcji Kierownika Robót Elektrycznych. Jednakże:

- 1) ze złożonego w ten sposób nowego wykazu osób nadal nie wynika, czy w/w osoba posiada minimum 4 letnie doświadczenie jako kierownik robót elektrycznych lub kierownik budowy. W nowym wykazie ponownie zadeklarowano cyt. „30 lat doświadczenia w tym 4 jako kierownik robót”, lecz nie określono o jaki rodzaj robót

chodzi, a ściślej, czy chodzi o roboty sanitarne.

- 2) z tak złożonego nowego wykazu osób nie wynika nawet, czy w/w osoba posiada wymagany przez Zamawiającego 6 letni staż pracy zawodowej w budownictwie,
- 3) ze złożonego w ten sposób nowego wykazu osób nadal nie wynika, jaką konkretnie funkcje pełniła w/w osoba przy inwestycjach (obiektach) wskazanych w wykazie (Biblioteka Akademii Marynarki Wojennej, Morski Park Handlowy w Gdańsku, Budynek Główny Muzeum Marynarki Wojennej). A ściślej, czy w/w pełnił funkcje kierownika robót elektrycznych przy budowie tych obiektów,
- 4) ze złożonego w ten sposób nowego wykazu osób nadal nie wynika, czy chodzi o inwestycje polegające na budowie wskazanych w wykazie obiektów

W ocenie odwołującego, Zamawiający winien był wykluczyć wykonawcę NDI S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, albowiem wykonawca pomimo wezwania w trybie art.26 ust. 3 ustawy Pzp, nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 9 pkt 9.1.2. ppkt c) i ppkt d) SIWZ (warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia o określonych tamże kwalifikacjach i doświadczeniu).

Zarówno w wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia, złożonym pierwotnie wraz z ofertą, jak i w nowym wykazie osób złożonym dnia 10 stycznia 2013 r., w następstwie wezwania Zamawiającego, wykonawca NDI S.A. przedstawił osobę Pana A..... R..... na stanowisko Kierownika Budowy (str. 95 oferty) oraz osobę Pana L..... K..... na stanowisko Kierownika Robót Telekomunikacyjnych (str. 97 oferty), przy czym:

- 1) w przypadku Pana A..... R..... (Kierownik Budowy):
  - a) ze złożonych wykazów nie wynikało i nie wynika, jaka konkretnie funkcje pełniła w/w osoba przy inwestycjach (obiektach) wskazanych w wykazie (Projekt „Centrum Sopotu” a ściślej, czy w/w pełnił funkcje kierownika budowy tych obiektów,
  - b) ze złożonych wykazów nie wynikało i nie wynika, czy chodzi o inwestycje polegające na budowie wskazanych w wykazie obiektów (wchodzących w skład Projektu „Centrum Sopotu”).
- 2) w przypadku Pana L..... K..... (Kierownik Robót Telekomunikacyjnych):
  - a) ze złożonych wykazów nie wynikało i nie wynika, czy w/w osoba posiada minimum 4 letnie doświadczenie jako kierownik robót telekomunikacyjnych lub kierownik budowy. w wykazie zadeklarowano cyt. „20 lat doświadczenia w tym 6 lat jako kierownik budowy/robót”, lecz nie określono, o jaki rodzaj robót chodzi, a ściślej, czy o roboty telekomunikacyjne.

Zdaniem Odwołującego, gdyby nawet uznać, iż oferta wykonawcy NDI S.A. nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz że wykonawca ten

nie podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, to i tak wymaga stanowczego podkreślenia, że zamawiający dokonał przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy NDI S.A. jako najkorzystniejszej. Nie przeprowadziwszy uprzednio rzetelnego badania i oceny spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający winien był – w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wezwać wykonawcę NDI S.A. do uzupełnienia wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia również w zakresie osób zaproponowanych na stanowiska Kierownika Budowy i Kierownika Robót Telekomunikacyjnych, albowiem złożony przez wykonawcę wykaz nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zdaniem odwołującego winien był także wezwać wykonawcę NDI S.A. do uzupełnienia wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia również w zakresie osób zaproponowanych na stanowiska Kierownika Robót Sanitarnych i Kierownika Robót Elektrycznych, albowiem złożony przez wykonawcę wykaz nie potwierdzał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest jednocześnie zasadny, albowiem Zamawiający nie zwrócił się nawet w pierwszej kolejności do wykonawcy NDI S.A. z prośbą o wyjaśnienie powyższych kwestii dotyczących wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia.

W wykazie wykonanych robót budowlanych złożonych wraz z ofertą wykonawca NDI S.A. przedstawił 5 (pięć) Inwestycji (str. 83 – 85 oferty), przy czym:

- 1) inwestycja polegająca na budowie „Budyńku Biurowo – Parkingowego” w Sopocie przy ul. Tańców Warszawy 19 (poz. 2 wykazu robót, str. 84 oferty) – nie może być brana pod uwagę jako potwierdzenie spełniania a przez wykonawcę warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia, jako że w jej przypadku NDI S.A. łączyło w swej osobie zarówno rolę wykonawcy jak i inwestora. „Referencje” wystawione przez wykonawcę niejako samemu sobie mają – zdaniem Odwołującego – znikomą wartość dowodową dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie należy też do żadnej z klas wymaganych przez Zamawiającego.
- 2) Inwestycja polegająca na budowie „Centrum Handlowo-Usługowego” w Sopocie przy ul. Monte Cassino 63 (poz. 3 wykazu robót, str. 84 oferty):
  - a) nie może być brana pod uwagę jako potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w Rozdziale 9 pkt 9.1.1 ppkt a), jako że obiekt ten stanowi budynek handlowo – usługowy tj. klasy 1230 PKOB, a nie obiekt zaliczany do którejkolwiek z klas wymaganych przez Zamawiającego,
  - b) nie może być brana pod uwagę w ocenie spełniania przez wykonawcę warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w Rozdziale 9 pkt 9.1.1. ppkt b), jako że ani z wykazu robót ani z referencji wystawionych przez inwestora (Promenada Sopocka Sp. z o.o.) (str. 88 oferty) nie wynika, by w

obiekcie znajdowała się sala widowiskowa (w rozumieniu wyżej opisanym) na co najmniej 250 miejsc.

- 3) Inwestycja polegająca na budowie „Domu Zdrojowego” w Sopocie przy ul. Powstańców Warszawy 10 (poz. 4 wykazu, str. 84 oferty):
- a) nie może być brana pod uwagę jako potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w Rozdziale 9 pkt 9.1.1 ppkt a), jako że obiekt ten stanowi budynek handlowo – usługowy tj. klasy 1230 PKOB, a nie obiekt zaliczany do którejkolwiek z klas wymaganych przez Zamawiającego,
  - b) nie może być brana pod uwagę jako potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku niezbędnej wiedzy i doświadczenia w zakresie określonym w Rozdziale 9 pkt 9.1.1. ppkt b), jako że ani z wykazu robót ani z referencji wystawionych przez inwestora (Sopot Zdrój Sp. z o.o.) (str. 89 oferty) nie wynika, by w obiekcie znajdowała się sala widowiskowa (w rozumieniu wyżej opisanym) na co najmniej 250 miejsc; mowa jedynie o sali wielofunkcyjnej na maksymalnie 600 osób, ale nie podano jakie konkretnie funkcje pełni owa sala, podczas gdy Zamawiający pod pojęciem „Sali widowiskowej” rozumiał sale odpowiadające pod względem konstrukcyjnym i funkcjonalnym Sali stanowiącej część przedmiotu zamówienia w ramach przedmiotowego przetargu.

Wykonawca NDI S.A. nie wykazał spełniania warunku w zakresie budowy sali widowiskowej na co najmniej 250 miejsc. Zadania inwestycyjne wskazane w poz. 1 (budowa Hotelu Sheraton w Sopocie) i poz. 5 wykazu robót (budowa budynku Centrum Obsługi Ruchu Turystycznego w Gdańsku) (str. 83, 85 oferty) potwierdzają jedynie spełnienie warunku określonego w rozdziale 9 pkt 9.1.1. ppkt a) SIWZ. Jako że pomiędzy wymogami określonymi w obu podpunktach Rozdziału 9 pkt 9.1.1. SIWZ zachodziła koniunkcja (o czym świadczy zastosowanie przez Zamawiającego spójnika „i”, niespełnienie jednego z wymogów wyklucza możliwość przyjęcia, iż wykonawca wykazał, że posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia, wymagane przez Zamawiającego. Zdaniem odwołującego nawet gdyby uznać, iż oferta NDI S.A. nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oraz że wykonawca ten niepodlegała wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, to i tak wymaga stanowczego podkreślenia, że Zamawiający dokonał przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy NDI S.A. jako najkorzystniejszej, nie przeprowadziwszy uprzednio rzetelnego badania i oceny spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Ad 9) Zdaniem Odwołującego, Zamawiający błędnie ustalił, iż w spornym postępowaniu przetargowym doszło do skutecznego złożenia oferty wspólnej przez konsorcjum wykonawców ENEO-NORD Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku oraz S.A. De Obras

y Servicios COPASA z siedzibą w Ourense (Hiszpania). Formularz ofertowy przedłożony przez Konsorcjum nie został bowiem podpisany przez osobę umocowaną do reprezentacji ENEO-NORD Sp. z o.o. (str. 4 oferty) – w miejscu przeznaczonym na podpisy osób do działania w imieniu wykonawcy/ów brak jest podpisu Pana R..... P..... tudzież jakiegokolwiek innej osoby upoważnionej do reprezentacji polskiej spółki będącej członkiem Konsorcjum. Pan R..... P..... jest na str. 4 oferty jedynie wymieniony z imienia i nazwiska w odpowiedniej rubryce, formularz został obok ostemplowany pieczęcią imienną Pana R..... P..... jako pełnomocnika spółki ENEO-NORD Sp. z o.o., ale osoba ta nie podpisała formularza oferty Konsorcjum. W prawym dolnym rogu strony nr 4 oferty (poniżej numeracji strony i tzw. stopki dokumentu) widnieje jedynie parafa, przypominająca kształtem podpis Pana R..... P..... Parafa pełni jednak w obrocie prawnym odmienną funkcję niż podpis. Brak podpisu wykonawcy lub jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pod dokumentem formularza ofertowego czyni taką „ofertę” nieważną (niezłożoną, nieistniejącą). Oferta Konsorcjum podlegała w związku z powyższym obowiązkowemu odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako sprzeczna z ustawą.

Ad 10) Zamawiający wymagał, aby ruszty (tj. kratki) odwodnień liniowych ACO były wykonane ze stali nierdzewnej. Tymczasem Konsorcjum przedłożyło w ramach swej oferty kosztorys ofertowy, w którym w części kosztorysu poświęconej instalacji kanalizacji deszczowej (str. 180 oferty) przyjęło odmienne rozwiązanie, tj. ruszty (kratki) ocynkowane (poz.1.1. 1.2. kosztorysu kanalizacji deszczowej) Zdaniem Odwołującego, opisany element kosztorysu ofertowego jest niezgodny z treścią SIWZ jako że przewiduje rozwiązanie techniczne (materiał) wyraźnie sprzeczne z jasno wyartykułowanymi oczekiwaniami Zamawiającego odnośnie szczegółów (rusztów) dotyczących odwodnień liniowych na dachach budynku Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego. Odnośnie zastosowania cegły brukowej zewnętrznej odwołujący wskazywał, iż Konsorcjum przedłożyło w ramach swojej oferty kosztorys ofertowy, w którym w części poświęconej robotom stanu wykończenia zewnętrznego przyjął odmienne rozwiązanie, tj. cegłę brukową o wysokości 80 mm (poz. 31.d.2.2. oraz 32.d.2.2. kosztorysu, str. 54 oferty). Zdaniem Odwołującego, opisany element kosztorysu ofertowego jest niezgodny z treścią SIWZ, jako że przewiduje rozwiązanie techniczne (materiał) wyraźnie sprzeczne z jasno wyartykułowanymi oczekiwaniami Zamawiającego odnośnie szczegółów dotyczących parametrów cegły brukowej do zastosowania. Sprzeczność zaoferowanego elementu dotyczy przy tym rozmiaru elementu (wysokość 80 mm zamiast 100 mm). Ponadto Konsorcjum przedłożyło w ramach swojej oferty kosztorys ofertowy, w którym w części poświęconej architekturze j wyposażeniu wewnątrz przyjął:

- 1) licowanie ścian płytkami o formacie 30 x 30 cm (poz. 82.d.3.11 kosztorysu, str. 69

oferty),

- 2) wykończenie posadzek płytkami o wymiarach 30x30 cm (poz. 54.d.3.6 oraz 56.d.3.6. str. 64 oferty), tudzież wykończenie posadzek płytkami wielobarwnymi o wymiarach 30x30 cm (57.d.3.6 i 58.d.3.6, str. 64 oferty), co również jest niezgodne z Książką wykończenia pomieszczeń, w której każdorazowo (przy każdym z opisów pomieszczeń) projektant opisuje. Że wszystkie płytki i mozaiki ceramiczne mają być w kolorze białym, półmatowym.

Zdaniem Odwołującego, opisany element kosztorysu ofertowego (części oferty) jest niezgodny z treścią SIWZ, jako że przewiduje rozwiązanie techniczne (materiał, sposób wykonania) wyraźnie sprzeczne z jasno wyartykułowanymi oczekiwaniami Zamawiającego odnośnie szczegółów dotyczących wykończenia ścian i posadzek w/w pomieszczeń budynku Gdańskiego Teatru Szekspirowskiego. Niezgodność treści oferty wykonawcy Konsorcjum z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 uPzp wyraża się również w nieuwzględnieniu w załączonym do oferty tego wykonawcy harmonogramie „rzeczowo-finansowym” rozkładu płatności (przepływów) finansowych w poszczególnych miesiącach ewentualnie innych odstępach czasu. Innymi słowy niezgodność polega na złożeniu jedynie harmonogramu rzeczowego. Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, gdyby nawet przyjąć, że doszło do skutecznego (ważnego) złożenia oferty przez Konsorcjum, Zamawiający winien był odrzucić ofertę Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, a przy tym niezgodność ta nie podlega naprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 uPzp.

Ad 11) Odwołujący podnosił, iż brak w dokumentacji postępowania przetargowego dowodu, iż w dacie 23 listopada 2012 r. Pan R..... P..... był pełnomocnikiem ENEO-NORD Sp. z o.o. o odpowiednim zakresie umocowania (do reprezentacji tejże spółki w rzeczonym postępowaniu przetargowym) oraz że jego pełnomocnictwo obejmowało umocowanie do udzielenia dalszego pełnomocnictwa do reprezentacji spółki, zwłaszcza jako konsorcjanta. Ponadto odwołujący wskazywał, iż z dokumentacji mającej potwierdzać umocowanie Pana M..... V..... B..... do reprezentacji hiszpańskiego konsorcjanta (dokumentacja na str. 7-41 oferty), a zwłaszcza wypisu częściowego Aktu Notarialnego Pełnomocnictwa z dnia 22 grudnia 2004 r. zakresem umocowania w/w nie są objęte czynności określone w punkcie 8.h. wypisu, tj. m.in. zakładanie konsorcjów przedsiębiorstw i wszelkiego innego rodzaju form współpracy przedsiębiorstw, desygnowanie osób na stanowiska i udzielanie im uprawnień. Akceptowanie desygnacji na stanowiska na rzecz spółki mocującej, wyznaczanie osób, które winny spółkę reprezentować oraz reprezentowanie mocującej spółki we władzach spółek. Zdaniem odwołującego skoro zakres pełnomocnictwa został tak szczegółowo określony i wyraźnie wskazano w nim, jakie czynności z Pan M..... V..... B..... może wykonywać samodzielnie (odnośnie punktu

8 wyłącznie punkty 8a, 8b, 8c, 8d, 8g, 8i), to wyraźną Intencją mocodawcy było – a contrario – aby czynności z punktu 8 niewskazane w tym pełnomocnictwie (tj. 8e, 8f, 8h) były z tego zakresu wyłączone. W ocenie odwołującego dokumenty złożone przez konsorcjantów, nie dają podstaw do przyjęcia, że spółka ENEO-NORD Sp. z o.o. została skutecznie i ważnie umocowana zarówno przez nią samą jak i przez S.A. De Obras y Servicios COPASA do reprezentacji tych wykonawców jako członków Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie spornego zamówienia.

Ad 12) i 13) w ocenie Odwołującego, Konsorcjum nie wykazało spełniania warunku określonego w Rozdziale 9 pkt 9.1.1. ppkt a) SIWZ. Zadanie inwestycyjne wskazane w poz. 1 wykazu robót potwierdza wykonanie jednego obiektu użyteczności publicznej wymaganej klasy i o wymaganej wartości, natomiast zadanie inwestycyjne wskazane w poz. 3 wykazu robót na str. 297 oferty (Budowa Auditorium w Ferrol, z salą główną liczącą 900 miejsc) – potwierdza jedynie spełnienie warunku określonego w Rozdziale 9.1.1. ppkt b) SIWZ (budowa Sali widowiskowej na co najmniej 250 miejsc). Niezależnie od powyższego, odwołujący podnosił, że zobowiązanie spółki TIM-NORD Sp. o.o. z siedzibą w Gdańsku do udostępnienia Konsorcjum zasobów w postaci „wiedzy, doświadczenia (...) TIM-NORD” na okres korzystania z nich jako niezbędnych przy wykonywaniu zamówienia (str. 295 oferty), nie spełniało wymogu Zamawiającego sformułowanego w odpowiedzi udzielonej na pytanie wykonawcy, tj. nie stanowiło „zobowiązania do realnego przekazania, połączonego z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia”, a nadto forma tego zaangażowania nie została określona już w treści tego zobowiązania. TIM-NORD Sp. z o.o. oświadczyła jedynie, że będzie brała udział w wykonywaniu kontraktu (zamówienia), ale nie zadeklarowała konkretnej formy tego zaangażowania. Zdaniem Odwołującego, gdyby nawet uznać, iż oferta wykonawców działających w Konsorcjum została skutecznie i ważnie złożona, nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to i tak wymaga stanowczego podkreślenia, że Zamawiający nie przeprowadził rzetelnego badania i oceny spełniania przez Konsorcjum warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ad 14) i 15) W wykazie osób zdolnych do wykonania zamówienia złożonym wraz z ofertą, Konsorcjum przedstawiło osobę Pana P..... C..... na stanowisko Kierownika Budowy (poz. 2 wykazu, str. 315 oferty). Jednakże, wykaz ten nie potwierdza, aby w/w osoba posiadała doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do klas 1211.1220.1261 lub 1262 według PKOB. Konsorcjum wskazało w wykazie, iż Pan P..... C..... był Kierownikiem Budowy budynku kasyna w Gdańsku. Odwołujący wskazywał, iż inwestycja ta polegała na przebudowie a nie budowie budynku kasyna w Gdańsku, co wynika jasno z łącznej lektury poz. 2 wykazu wykonanych robót budowlanych (gdzie mowa o przebudowie budynku kasyna



w Gdańsku – wykonawcą TIM-NORD Sp. o.o.) oraz poz. 2 wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia, z którego wynika analogiczna inwestycja, a podmiotem udostępniającym osobę Pana C..... jest spółka TIM-NORD Sp. z o.o. Zdaniem Odwołującego Zamawiający winien rozważyć wyciągnięcie w stosunku do Konsorcjum konsekwencji prawnych określonych w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto, ze zobowiązań podmiotów trzecich do udostępnienia ich zasobów osobowych, tj. zobowiązania TIM-NORD Sp. z o.o. do udostępnienia osób A..... I..... i P..... C....., oraz ze zobowiązań własnych Pani K..... K....., Pana J..... W..... i Pana Z..... W....., nie wynika, na jakie stanowiska (funkcje) będą oni udostępnieni lub odpowiednio, na jakich stanowiskach (funkcjach) zobowiązani oni będą współpracować. Ad 16) Dowód opłacenia polisy, złożony przez Konsorcjum na str. 324 – 326 oferty odwołuje się do polisy o numerze G-CR-150.000.001, podczas gdy sam dokument polisy (a właściwie zaświadczenia o ubezpieczeniu), złożony przez Konsorcjum na str. 321-323 oferty, numeru takowego nie posiada ani o nim nie wzmiankuje. Nie jest więc możliwe zdaniem Odwołującego na podstawie tych dokumentów stwierdzić jednoznacznie, iż Konsorcjum wykazało spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w Rozdziale 9 pkt 9.1.3. SIWZ.

Ad 17) ) Wstrzymując się od skierowania do Konsorcjum Eneo-Nordjakichkolwiek wezwań do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 lub / i wezwań do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 uPzp, pomimo zachodzenia ewidentnych podstaw do zastosowania tych przepisów, oraz jednocześnie ograniczając się do kierowania tego rodzaju wezwań do pozostałych wykonawców (np. NDI S.A., Odwołującego),

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający Gdański Teatr Szekspirowski prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest budowa jego siedziby.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2012 r., pod numerem 2012/S 202-331970.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ pkt 4 zamawiający m.in. określił, iż Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia znajduje się w dokumentacji projektowej, która stanowi Załącznik nr 7 niniejszej SIWZ. Zamawiający wskazał iż dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym w dokumentacji projektowej. Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez Zamawiającego, jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Wykonawca jest zobowiązany do uzyskania potwierdzeń przez projektanta i Zamawiającego,

W zakresie rozwiązań równoważnych wykonawca ponosi ryzyko ewentualnego braku akceptacji zaproponowanego rozwiązania równoważnego. Obowiązkiem Wykonawcy jest uwzględnienie w cenie ryczałtowej oferty wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania przedmiotu Zamówienia opisanego w pkt. 4 SIWZ, w tym wynikających z załączonej Dokumentacji. Zgodnie z pkt 9 SIWZ w zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust.1 ustawy Pzp Zamawiający wymagał w szczególności, aby wykonawca wykazał, iż:

- 1) Posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonania robót budowlanych odpowiadających robotom budowlanym stanowiącym przedmiot Zamówienia tj. wykonał w okresie pięciu ostatnich lat przed pływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:
  - a) co najmniej dwa obiekty użyteczności publicznej zaliczonej do klas 1211 1220 1261 lub 1262 według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych stanowiącej załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.), przy czym jeden o wartości zamówienia nie mniejszej niż 40 000 000,00 zł brutto i
  - b) salę widowiskową na co najmniej 250 miejsc lub przedstawi pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji ww. wiedzy i doświadczenia,
- 2) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, które będą uczestniczyć w realizacji Zamówienia, posiadającymi wskazane poniżej kwalifikacje i uprawnienia lub przedstawi pisemne zobowiązania innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji osób zdolnych do wykonywania Zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonaniu Zamówienia, posiadających wskazane poniżej niezbędne kwalifikacje i uprawnienia tj.:
  - a) Kierownik zespołu (Przedstawiciel Wykonawcy) posiadający: m.in. doświadczenie zawodowe w budownictwie na stanowiskach kierowniczych – minimum 5 lat; doświadczenie w pełnieniu funkcji Kierownika Zespołu/ Przedstawiciela Wykonawcy (lub równoważne stanowisko) polegającej na kierowaniu realizacją minimum jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do klas 1211, 1220, 1261 lub 1262 według PKOB;
  - b) Kierownik Budowy posiadający m.in. 8 lat stażu pracy zawodowej w budownictwie, w tym minimum 5 lat jako kierownik budowy; doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika budowy dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do klas 1211, 1220, 1261 lub 1262 według PKOB;
  - c) Kierownik robót sanitarnych posiadający: m.in. 6 lat stażu pracy zawodowej w

budownictwie, w tym minimum 4 lata jako kierownik robót sanitarnych lub kierownik budowy; doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót sanitarnych dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do klas 1211, 1220, 1261 lub 1262 według PKOB;

d) Kierownik robót elektrycznych posiadający: m.in. 6 lat stażu pracy zawodowej w budownictwie, w tym minimum 4 lata jako kierownik robót elektrycznych lub kierownik budowy; doświadczenie w pełnieniu funkcji kierownika robót elektrycznych dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do klas 1211, 1220, 1261 lub 1262 według PKOB;

e) Kierownik robót telekomunikacyjnych posiadający: m.in. 6 lat stażu pracy zawodowej w budownictwie, w tym minimum 4 lata jako kierownik robót telekomunikacyjnych lub kierownik budowy.

3) Znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia tzn. jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 30 000 000,00 zł (słownie: trzydzieści milionów złotych).

Stosownie do postanowień pkt 15.10 SIWZ na zawartość oferty składają się:

- 1) Formularz oferty, według wzoru formularza stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ;
- 2) Kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, na podstawie którego wykonawca sporządził ofertę cenową, w oparciu o wymagania podane w Załączniku nr 14 do SIWZ. W kosztorysie winny być wyszczególnione następujące pozycje: opis roboty, ilość przedmiarowa, jednostka roboty, cena jednostkowa roboty oraz wartość roboty stanowiąca iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej;
- 3) Wykaz Cen, stanowiący Załącznik nr 14 do SIWZ na podstawie którego Wykonawca sporządził ofertę cenową;
- 4) Harmonogram rzeczowo z podaniem sekwencji i rodzajów robót, z terminem tożsamym podanym w ofercie;
- 5) Dowód wniesienia wadium złożony zgodnie z zapisami pkt. 12 SIWZ.

W pkt 21.7. SIWZ zamawiający wskazał, iż załączone do SIWZ przedmiary robót (załącznik nr 13) stanowią jedynie materiał pomocniczy do wyceny ofert. Faktyczny zakres robót do wyceny określa dokumentacja projektowa i wymagania zamawiającego w SIWZ.

Zgodnie z pkt 22 SIWZ przy wyborze oferty zamawiający kierował się następującymi kryteriami:

- 1) Cena zamówienia brutto – 90%,
- 2) Termin realizacji (podany w miesiącach) – 10%.

Zgodnie z pkt 22.3. w celu potwierdzenia terminu realizacji Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia harmonogramu rzeczowo – finansowego realizacji zamówienia, zawierającego

sekwencję oraz wykaz robót, o terminie końcowym tożsamym z terminem podanym w ofercie.

W pkt 28.7 SIWZ zamawiający wskazał, iż warunkiem zawarcia umowy będzie:

- 1) Wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania Umowy;
- 2) Przedstawienie zawartych umów ubezpieczenia obejmujących, przedmiot umowy oraz ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie określonym w umowie;
- 3) Doręczenie Zamawiającemu kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. (Dz. U. Z dnia 2 sierpnia 2001 r. Nr 80, poz. 867), na podstawie którego Wykonawca sporządził ofertę w postępowaniu przetargowym o wartości tożsamej z wartością złożonej oferty. W przypadku udzielenia Wykonawcy zamówienia na wykonanie robót dodatkowych w zakresie wykraczającym poza cenę ryczałtową oraz zamówień uzupełniających podstawą wyceny wartości tychże robót i zamówień będą ceny jednostkowe zawarte w przedmiotowym kosztorysie ofertowym;
- 4) Przedstawienie Szczegółowego Harmonogramu rzeczowo-finansowego zadania, porównywalnego do szczegółowości robót zawartych w kosztorysie szczegółowym;
- 5) Doręczenie wymaganych uprawnień oraz zaświadczeń o przynależności do odpowiedniej izby inżynierów budownictwa, zgodnie z wymaganiami Pkt. 10.0 SIWZ,

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe brutto. Ponadto zgodnie z ust. 2 § 5 wzoru umowy Generalny Wykonawca jest świadom, że ilości podane w materiałach Przetargu na Budowę Teatru (kosztorys, przedmiary) mają jedynie charakter informacyjny i możliwe błędy lub braki w tych materiałach nie upoważniają go do zmiany ustalonej ceny lub cen elementów robót lub wysuwania innych roszczeń nie wynikających z niniejszej Umowy. Wartość poszczególnych elementów robót określona jest w Szczegółowym Harmonogramie Realizacji Inwestycji, stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy. Zgodnie z § 6 wzoru umowy wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktur częściowych i faktury końcowej. Podstawą wystawienia faktury częściowej za poszczególne elementy robót stanowiące zgodnie ze Szczegółowym Harmonogramem Realizacji Inwestycji samodzielny przedmiot odbioru technicznego, będzie podpisany przez Inwestora Zastępczego i Generalnego Wykonawcę, Protokół Odbioru Technicznego Elementów Robót. W ust. 3 § 6 wzoru umowy zamawiający zastrzegł, iż całkowita wartość faktur częściowych nie może przekraczać 90 % wartości umowy, co Generalny Wykonawca uwzględni w Szczegółowym Harmonogramie rzeczowo – finansowym. Zgodnie z § 8 wzoru umowy do obowiązków Generalnego Wykonawcy należy w szczególności Wykonanie robót zgodnie z zapisami niniejszej Umowy, dokumentacją

projektową zasadami sztuki budowlanej oraz przepisami techniczno-budowlanymi i przepisami w zakresie BHP i p. poż., a także wykonanie przedmiotu Umowy w pełnej zgodności z technologią robót wynikającą z instrukcji producentów i dostawców materiałów. Zgodnie z § 9 wzoru umowy generalny Wykonawca użyje do wykonania robót realizowanych w ramach Umowy materiały i urządzenia spełniające wymogi jakościowe dopuszczające do obrotu i stosowania w budownictwie zgodnie z art. 10 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 207, poz. 2016 z późn. zm.). generalny Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie przedmiotu Umowy wskutek zastosowania niewłaściwych materiałów i urządzeń, nie spełniających wymogów norm, obowiązujących przepisów oraz wymagań wynikających z projektu budowlanego, projektu wykonawczego, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, dodatkowych wytycznych i wymagań Zamawiającego.

W piśmie z dnia 29 października 2012r., zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców zgłoszone do SIWZ wskazał m.in. „Za sale widowiskowe spełniające warunki pkt. 9.1.1 ppkt. B) SIWZ Zamawiający uzna sale mieszczące się w obiektach użyteczności publicznej zaliczanych do klas 1211, 1220, 1261 lub 1262 według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych stanowiącej załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz. U. Nr 112, poz. 1316 z późn. zm.). jednocześnie też zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w pkt. 9.1.1. ppkt b) SIWZ w ten sposób, że słowa: „salę widowiskową na co najmniej 400 miejsc” zastąpił słowami: „salę widowiskową na co najmniej 250 miejsc”.

W piśmie z dnia 14 listopada 2012 r., na pytanie jednego z wykonawców (pyt. nr 9) „Do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną na podstawie przekazanych przedmiarów robót. Prosimy o potwierdzenie, że pozycje przedmiarowe można dowolnie modyfikować (dodawać, odejmować, zmieniać opisy) i zmieniać ilości robót do wykonania?” zamawiający odpowiedział: „Zamawiający potwierdza, że załączone przedmiary robót mają charakter pomocniczy przy wycenie ofert, dlatego pozycje przedmiarowe można modyfikować. Wykonawca winien pamiętać, iż warunkiem podpisania umowy jest m.in. dostarczenie kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. (Dz. U. z dnia 2 sierpnia 2001 r. Nr 80, poz. 867), na podstawie którego Wykonawca sporządził ofertę w postępowaniu przetargowym o wartości tożsamej z wartością złożonej oferty, a tym samym tożsamym z kosztorysem ofertowym sporządzonym metodą uproszczoną. W tym samym piśmie, zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 29 wskazał: „Zamawiający potwierdza, że Wykonawca winien się wykazać wykonaniem „sali widowiskowej na co najmniej 250 miejsc” we wszelkich obiektach.”.

W piśmie z dnia 23 listopada 2012 r., zamawiający odpowiadając na pytania wykonawców wskazał, iż wycenę oferty należy sporządzić na podstawie dokumentacji wykonawczej. Załączone do dokumentacji przedmiary robót mają jedynie charakter pomocniczy. Odpowiadając na pytanie „Czy materiały wpisane w przekazanych przedmiarach są materiałami do zastosowania czy zostały podane tylko informacyjnie co do parametrów podstawowych ?” zamawiający ponownie potwierdził, że „Załączone do dokumentacji przedmiary robót mają jedynie charakter pomocniczy. Zastosowane materiały powinny posiadać parametry nie gorsze od zaprojektowanych.”.

Zgodnie z treścią załącznika nr 14 do SIWZ – Sposób ustalenia ceny do oferty – zamawiający wskazał m.in., iż „Płatności za wszystkie pozycje robót zostaną dokonane na podstawie ustalonej w ofercie kwoty ryczałtowej. Opisy poszczególnych pozycji podane w poszczególnych Wykazach Cen nie powinny być traktowane jako ograniczające zobowiązania Wykonawcy wynikające z Umowy na wykonanie Robót, które zostały wyczerpująco opisane w innych dokumentach. (...) w związku z powyższym podane kwoty muszą obejmować wszelkie wydatki poboczne i nieprzewidziane oraz ryzyko każdego rodzaju, niezbędne do zaprojektowania, budowy, ukończenia, uruchomienia i konserwacji całości Robót zgodnie z Umową. ”.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) DRAGADOS S. A. Avda. Del Camino de Santiago 50 8058 Madryt Hiszpania na kwotę 63.268.771,00 zł brutto,
- 2) NDI S. A. z siedzibą w Sopocie na kwotę 43.360.873,91 zł brutto,
- 3) Budimex S. A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 53.851.278,21 zł brutto,
- 4) Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na kwotę 47.819.557,46 zł brutto,
- 5) Konsorcjum Eneo-Nord z siedzibą dla lidera w Gdańsku na kwotę 44.218.950,58 zł brutto,
- 6) ALLCON Budownictwo Sp. z o.o. S.K.A. z siedzibą w Gdynia na kwotę 47.484.274,74 zł brutto.

Pismem z dnia 7 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy NDI S.A. o uzupełnienie dokumentów w zakresie wskazanego potencjału kadrowego. Zamawiający odnośnie osoby Pana D..... R..... wskazanego na stanowisko kierownika zespołu podniósł, iż wykonawca podał, że ww. osoba posiada 8 lat doświadczenia na stanowiskach kierowniczych, natomiast brakuje informacji czy to doświadczenie zostało nabyte w budownictwie. Ponadto Wykonawca nie podał w wykazie jakie stanowisko zajmował Pan D..... R..... przy inwestycjach: Stadion Miejski we Wrocławiu oraz Centrum Obsługi Ruchu Turystycznego w

Gdańsku. Odnosząc się do osoby Pani K..... K..... zamawiający w wezwaniu wskazał, iż w jego opinii budowle na których w/w osoba pełniła wskazane w wykazie funkcje nie naliczają się do klas: 1211, 1220, 1261 lub 1262 według PKOB. Odnośnie osoby wskazanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych, Pana K..... P..... zamawiający wezwał wykonawcę NDI S.A. do wyjaśnienia czy ww. osoba posiada uprawnienia w całym wymaganym zakresie, tj. w specjalności sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne Uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

W odpowiedzi wykonawca NDI S.A. przedłożył nowy wykaz osób w którym na stanowisko Kierownika Zespołu wskazał M..... P..... Odnośnie Pani K..... K..... wykonawca powołał się na inne doświadczenie w pełnieniu przez nią funkcji kierownika robót sanitarnych dla co najmniej jednej inwestycji polegającej na budowie obiektu zaliczanego do klas 1211, 1220, 1261 lub 1262 według PKOB. Na stanowisko Kierownika robót elektrycznych wykonawca wskazał R..... M.....

Pismem z dnia 15 stycznia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę złożone przez wykonawcę NDI S.A. z siedzibą w Sopocie.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Ponadto Izba ustaliła, iż zamawiający w dniu 25 stycznia 2013 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum Eneo-Nord oraz wykonawca NDI S.A., stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, dokonanych przez zamawiającego modyfikacji, odpowiedzi na pytania wykonawców, jak również treść oferty wykonawcy NDI S.A. oraz treść oferty Konsorcjum Eneo-Nord, jak też biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została

wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. W ocenie Izby zamawiający dokonał prawidłowej oceny ofert zarówno wykonawcy NDI S.A. jak i oferty złożonej przez Konsorcjum Eneo-Nord. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, należy wskazać, iż brak jest argumentów które przemawiałyby za przyjęciem że treść oferty wykonawcy NDI S.A. jak i treść oferty złożonej przez Konsorcjum Eneo-Nord nie odpowiada treści SIWZ. Stanowisko swoje w tym zakresie odwołujący oparł w oparciu o treść kosztorysów ofertowych złożonych przez tych wykonawców, których w ocenie Izby, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie podniósł do rangi treści oferty. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcy zobowiązani byli do opracowania kosztorysów ofertowych metodą uproszczoną w oparciu o jedynie pogładowe przedmiar, co do których zamawiający wielokrotnie zastrzegł, iż nie mają charakteru wiążącego a jedynie charakter pomocniczy. Stanowisko takie potwierdza również odpowiedź zamawiającego z dnia 14 listopada 2012 r., gdzie na pytanie jednego z wykonawców (pyt. nr 9) czy wobec konieczności załączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą uproszczoną na podstawie przekazanych przedmiarów robót dopuszczalne jest dowolne modyfikowanie (dodawanie, odejmowanie, zmienianie opisów) pozycji przedmiarowych zamawiający wskazał, że załączone przedmiary robót mają charakter pomocniczy przy wycenie ofert, dlatego pozycje przedmiarowe można modyfikować. Powyższe również potwierdza, iż wskazywane przez odwołującego niezgodności w kosztorysach nie mogą stanowić o niezgodności treści kwestionowanych ofert z treścią SIWZ. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż o tym że kosztorys ofertowy stanowi w niniejszym postępowaniu treść oferty wynika z pkt. 15.10 SIWZ. Bez wątplenia zwrotu „zawartość oferty” w niniejszym postępowaniu nie można utożsamiać z pojęciem „treść oferty”. Trudno uznać za treść oferty choćby dowód wniesienia wadium, który zamawiający również zakwalifikował do zawartości oferty. Nie sposób zgodzić się również z argumentacją odwołującego, iż kosztorys ofertowy mógł odbiegać jedynie od przedmiarów załączonych do SIWZ. W ocenie Izby gdyby przyjąć, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający podniósł kosztorys ofertowy do rangi treści oferty to również niedopuszczalne byłoby odstępstwo od przedmiarów przedłożonych przez zamawiającego. Istotne wydaje się również, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wynagrodzenie z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia określił jako ryczałtowe, co przesądza o tym, że składając ofertę wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia niezależnie od rzeczywistego rozmiaru prac za stałą wskazaną w ofercie kwotę.



Odnosząc się do zarzutu w zakresie niezgodności przedłożonego przez wykonawcę NDI S.A. harmonogramu rzeczowo-finansowego z treścią SIWZ, Izba wskazuje, iż zgodnie z dokonaną w tym zakresie modyfikacją SIWZ wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia harmonogramu rzeczowego. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego jak i przystępującego NDI S.A., iż harmonogram rzeczowy potwierdzać miał termin realizacji proponowany przez wykonawcę a w swej treści wskazywać jedynie sekwencje i rodzaje robót. Bezsprene zamawiający dopiero przed podpisaniem umowy oczekuje przedłożenia szczegółowego harmonogramu rzeczowo-finansowego, który będzie stanowił załącznik do umowy i jednocześnie wskazywać będzie wartość płatności do jakich uprawniony będzie wykonawca zgodnie z zasadami opisanymi w § 6 wzoru umowy. Tym samym brak było podstaw do stwierdzenia niezgodności treści oferty wykonawcy NDI S.A. z treścią SIWZ w zakresie warunków finansowych i płatniczych.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących niewykazania zarówno przez wykonawcę NDI S.A. jak i Konsorcjum Eneo-Nord spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego w tym zakresie. W ocenie Izby oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy dokonywać w oparciu o całościową analizę dokumentów przedłożonych na potwierdzenie spełnienia warunków z uwzględnieniem zasad wykładni oświadczeń woli a nie wybiórczo w oparciu o pojedyncze zwroty jak próbuje to czynić odwołujący. Izba wskazuje, że odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów które obalałyby oświadczenia wykonawców w zakresie czy to potencjału kadrowego czy wiedzy i doświadczenia na które się powoływano. Przykładowo Odwołujący powoływał się jedynie na swoje wątpliwości, przypuszczenia, że osoba wskazana na stanowisko Kierownika robót sanitarnych może mieć np. 3 lata doświadczenia na stanowisku kierownika budowy a pozostałe 17 w kierowaniu robotami w innej branży niż sanitarnej. Uwagę taką odwołujący kierował również do innych osób. Twierdzenia te nie znajdują w ocenie Izby potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym. Z treści oświadczenia złożonego przez wykonawcę NDI S.A. na załączniku nr 5 do SIWZ czytano kompleksowo wynika posiadanie przez wskazane osoby doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w zakresie odpowiednich branż. Odnosząc się ponownie przykładowo do osoby wskazanej na stanowisko Kierownika robót sanitarnych wykonawca wykazał, iż Pani K..... K..... posiada 40 lat doświadczenia w tym 20 lat jako kierownik budowy/robót sanitarnych a nie jakichś innych robót. Powyższe w ocenie Izby wynika z całokształtu informacji dotyczących tej osoby. Powyższa argumentacja znajduje zastosowanie również do pozostałych osób wskazywanych przez Przystępującego NDI S.A., a których doświadczenie odwołujący podważał.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania przez przystępującego NDI S.A. spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez

zamawiającego. W ocenie Izby przystępujący NDI S.A. wykazał się doświadczeniem w wykonaniu sali widowiskowej na co najmniej 250 miejsc powołując się na doświadczenie w Budowie Domu Zdrojowego posiadającego salę widowiskową. Niezrozumiałym jest stanowisko odwołującego w którym neguje on możliwość wykazywania się budową sali widowiskowej w Domu Zdrojowym, podczas gdy sam powołuje się na doświadczenie w budowie sali audytoryjnej w Inkubatorze Technologicznym czy też sali audytoryjnej na Wydziale Biologii Uniwersytetu Gdańskiego. Przy prezentowanym przez odwołującego rozumieniu pojęcia sali widowiskowej również sali audytoryjnej nie można byłoby uznać za odpowiadającą pod względem konstrukcyjnym i funkcjonalny sali teatralnej będącej częścią przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby zamawiający dokonał prawidłowej oceny przedstawionego w powyższym zakresie doświadczenia przystępującego NDI S.A.

Odnośnie zarzutów dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Eneo-Nord z uwagi na to, iż formularz ofertowy nie został podpisany przez osobę umocowaną do reprezentacji Eneo-Nord Sp. z o. o., Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Za stanowiskiem odwołującego nie może przemawiać fakt, iż Pan R..... P..... umocowany do działania w imieniu lidera Konsorcjum, wykonawcy Eneo-Nord Sp. z o. o. nie złożył podpisu na imiennej pieczęci a w innym miejscu strony. Zdaniem Izby okoliczności sprawy, podpisy składane przez Pana R..... P..... na innych dokumentach załączonych do oferty pozwalają zweryfikować i jednoznacznie stwierdzić że podpis na formularzu ofertowym choć nie na pieczęci został złożony przez R..... P..... Okoliczność złożenia podpisu nie na pieczęci może być traktowana co najwyżej jako uchybienie formalne a nie merytoryczne oferty. Izba podziela w tym zakresie przytoczone przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo. W zakresie pełnomocnictwa udzielonego przez członka konsorcjum S.A. De Obras y Servicios COPASA dla lidera Eneo-Nord Sp. z o. o. należy stwierdzić, iż dla skuteczności, ważności tego pełnomocnictwa nieistotnym jest złożenie podpisu na dokumencie przez Pana R..... P..... W ocenie Izby wykonawca S.A. De Obras y Servicios COPASA z/s w Ourense skutecznie umocował wykonawcę Eneo-Nord Sp. z o. o. do działania w imieniu Konsorcjum Eneo-Nord. Ponadto Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, iż z zakresu pełnomocnictwa opisanego w pkt 8.b Wypisu częściowego Aktu Notarialnego Pełnomocnictwa wynika, że Pan M..... V..... B..... może brać udział we wszelkiego rodzaju przetargach (...) składając i formalizując w związku z tym oferty czy propozycje, na warunkach i warunkach wycofania, które uzna za stosowne, w ramach konsorcjów lub jakichkolwiek innych form współpracy, spółki czy stowarzyszenia z innymi osobami fizycznymi czy podmiotami prawnymi, krajowymi czy zagranicznymi, zobowiązując się do założenia w przyszłości konsorcjum przedsiębiorstw lub spółki prawa handlowego lub innego podmiotu prawnego z tymi podmiotami, lub wszelkich innych form współpracy, akceptując umowy przyznane w wyniku wyżej opisanych

postępowań. Taki zakres pełnomocnictwa w ocenie Izby wystarczający był do uznania że Pan M..... V..... B..... skutecznie udzielił pełnomocnictwa Spółce Eneo-Nord Sp. z o.o. do reprezentowania w przedmiotowym wykonawców występujących wspólnie, tj. Eneo-Nord Sp. z o.o. i S.A. De Obras y Servicios Copasa. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż wyłączenie z zakresu pełnomocnictwa Pana M..... V..... B..... pkt 8h przesądza o braku skuteczności udzielonego przez niego pełnomocnictwa w imieniu S.A. De Obras y Servicios Copasa dla Eneo-Nord Sp. z o. o. Dodatkowo stanowisko Izby potwierdza dokument urzędowy wystawiony przez notariusza hiszpańskiego z dnia 22 grudnia 2004 r., numer repertorium 2.146. Nie można również zgodzić się z argumentacją odwołującego, iż skoro Eneo-Nord Sp. z o. o. została ustanowiona liderem konsorcjum to mogła działać wyłącznie za pomocą organu uprawnionego do reprezentacji tj. zarządu gdyż pełnomocnictwo udzielone przez podmiot hiszpański nie uprawniało do udzielania dalszych pełnomocnictw. Izba wskazuje, iż podstawą prawną do reprezentacji podmiotów jest nie tylko sprawowanie funkcji piastuna organu zarządzającego (członkostwo w organie zarządzającym). Uprawnienie do reprezentacji wynikać może również z przyjętego w danym podmiocie podziału zadań między członków organu zarządzającego lub z udzielonego pełnomocnictwa co miało miejsce w niniejszej sprawie. Zdaniem Izby lider konsorcjum udzielając pełnomocnictwa Panu R..... P..... umocował go do działania w imieniu spółki będącej liderem Konsorcjum Eneo-Nord. Nie oznacza to, że Eneo-Nord Sp. z o. o. przeniosła na podmiot trzeci w tym przypadku osobę fizyczną liderowanie w przedmiotowy Konsorcjum. Zdaniem Izby osoba prawna ustanowiona liderem konsorcjum działa zarówno poprzez swoje organy zarządzające, ale też również np. poprzez swojego prokurenta czy w końcu pełnomocnika, który jest niczym innym jak „przedłużeniem ramienia zarządu”.

W zakresie nie wykazania przez Konsorcjum warunku wiedzy i doświadczenia, Izba podzieliła stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Za zamawiającym Izba wskazuje, iż roboty wymienione w poz. 1 wykazu robót złożonego przez Konsorcjum Eneo-Nord potwierdzają realizację obiektu użyteczności publicznej zaliczonej do klasy 1262 według Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych, której wartość jest większa niż 40.000.000,00 zł brutto. Natomiast inwestycja wymieniona w poz. 3 Wykazu potwierdza, że Wykonawca wykonał obiekt zaliczający się do klasy 1261 PKOB oraz wykonał salę widowiskową na co najmniej 250 miejsc. Tym samym zarzut podnoszony przez odwołującego co do nie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez Konsorcjum Eneo-Nord należało uznać za niezasadny. Odnośnie zobowiązania podmiotu trzeciego w ocenie Izby oświadczenie podmiotu Tim-Nord Sp. z o. o. jest wystarczające do uznania, że Konsorcjum Eneo-Nord udowodniło zamawiającemu iż będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W świetle dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy

Pzp oświadczenie podmiotu trzeciego, że będzie brał udział w wykonywaniu kontraktu, należy uznać za wystarczające. Wbrew twierdzeniom odwołującego dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zawiera obowiązku zadeklarowania konkretnej formy zaangażowania a wyłącznie wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w szczególności za pomocą pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Niewątpliwie takie pisemne zobowiązanie Konsorcjum Eneo-Nord w swojej ofercie złożyło. Odnośnie zarzutu nie wykazania się przez Konsorcjum Eneo-Nord odpowiednim potencjałem kadrowym Izba zarzut ten uznała za nieudowodniony. Ze złożonego przez Konsorcjum wykazu osób wynika, iż Pan P..... C..... pełnił funkcję kierownika budowy budynku kasyna w Gdańsku. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które obalałyby oświadczenie złożone przez Konsorcjum Eneo-Nord. Jak słusznie zauważył zamawiający, nawet gdyby przyjąć, że jest to ten sam budynek, to ww. osoba mogła pełnić tam funkcję kierownika budowy podczas jego budowy, a nie (jak twierdzi Odwołujący) podczas przebudowy. W zakresie zarzutu dotyczącego posiadania przez Konsorcjum Eneo-Nord ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej Izba zarzut ten również uznała za nieudowodniony. Wykonawca złożył wraz z ofertą zaświadczenie o ubezpieczeniu w okresie od 01.01.2012 do 01.01.2013 na kwotę 9.000.000 euro co zgodne jest z warunkiem udziału określonym przez Zamawiającego. Zaświadczenie wystawione zostało przez Generali Espana S.A. de Seguros y Reaseguros z siedzibą przy ul. Enrique Marinas 36, 15009 La Coruna. Do zaświadczenia załączono dokument wystawiony przez Generali Espana S.A. de Seguros y Reaseguros z którego wynika, że polisa wystawiona dla ubezpieczonego na okres od 01.01.2012 do 01.01.2013 została opłacona kwotą 212.087,87 euro.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego naliczenia punktów wykonawcy Korporacja Doraco Sp. z o. o., Izba również nie podzieliła stanowiska odwołującego. Nie ulega wątpliwości, iż zamawiający popełnił omyłkę pisarską przypisując temu wykonawcy większą niż w rzeczywistości wyliczono liczbę punktów. W tym samym dniu zamawiający skorygował ilość przyznanych punktów. Nie można uznać iż zamawiający przekazał wykonawcom dwie różne informacje o wynikach oceny ofert. W ocenie Izby zamawiający dokonał jedynie poprawienia omyłki i przesłał wszystkim wykonawcom poprawioną informację o wynikach oceny ofert.

W tym stanie rzeczy należało również uznać, iż zamawiający nie naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji dokonał wyboru wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....