

Sygn. akt: KIO 649/14
KIO 655/14

WYROK
z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 kwietnia 2014 r. odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2014 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PRONAW Sp. z o.o., EKOSYS Sp. z o.o., Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o., ul. Łozy 21, 80-516 Gdańsk,**
- B. w dniu 31 marca 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **INDRA SISTEMAS POLSKA Sp. z o.o., INDRA SISTEMAS S.A. (Hiszpania), Al. Jerozolimskie 136, 02-304 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **INDRA SISTEMAS POLSKA Sp. z o.o., INDRA SISTEMAS S.A. (Hiszpania), Al. Jerozolimskie 136, 02-304 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 649/14 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PRONAW Sp. z o.o., EKOSYS Sp. z o.o., Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o., ul. Łozy 21, 80-516 Gdańsk** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 655/14 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględni oba odwołania i nakazuje zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PRONAW Sp. z o.o. EKOSYS Sp. z o.o., Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o. – z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i uznania oferty ww. wykonawców za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,
 - b) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin**, i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących się, w tym:
 - A** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PRONAW Sp. z o.o., EKOSYS Sp. z o.o., Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o., ul. Łozy 21, 80-516 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,
 - B** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **INDRA SISTEMAS POLSKA Sp. z o.o., INDRA SISTEMAS S.A. (Hiszpania), Al. Jerozolimskie 136, 02-304 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

3. zasądza kwotę **47 200 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od zamawiającego: **Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PRONAW Sp. z o.o., EKOSYS Sp. z o.o., Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp.**

z o.o., ul. Łozy 21, 80-516 Gdańsk stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

- B** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie, Pl. Stefana Batorego 4, 70-207 Szczecin** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **INDRA SISTEMAS POLSKA Sp. z o.o., INDRA SISTEMAS S.A. (Hiszpania), Al. Jerozolimskie 136, 02-304 Warszawa** stanowiącą koszty 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. z 2013 r., poz. 907 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 **Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 649/14

KIO 655/14

Uzasadnienie

Zamawiający: Skarb Państwa - Urząd Morski w Szczecinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „wykonanie robót budowlanych z projektowaniem w ramach Inwestycji pod nazwą „Modernizacja infrastruktury zapewniającej dostęp do portów w Świnoujściu i Szczecinie - oznakowanie nawigacyjne”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2013 r. pod nr 2013/S 242-420505.

Zamawiający w dniu 21 marca 2014 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: INDRA SISTEMAS POLSKA Sp. z o.o., INDRA SISTEMAS S.A., zwane dalej „Konsorcjum INDRA SISTEMAS” oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PRONAW Sp. z o.o., EKOSYS Sp. z o.o., Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zwane dalej „Konsorcjum PRONAW” na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i uznaniu tej oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

KIO 649/14

Konsorcjum PRONAW wniosło odwołanie wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Zaskarżonym czynnościom zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez brak wskazania w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania,
2. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 oraz art. 14 Pzp, a także art. 6 k.c. poprzez brak wykazania przez zamawiającego przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania polegającej na nie wniesieniu wadium do upływu terminu składania ofert,
3. art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez bezzasadne i bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo że odwołujący wniósł wadium w sposób należyty, oraz pomimo, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający nie występował do odwołującego z wnioskiem o przedłużenie okresu związania ofertą,
4. art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, poprzez dokonanie poprawy w przedłożonym przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS wykazie osób (Załącznik nr 4 do SIWZ), polegającej na dodaniu zapisu „bez ograniczeń” przy opisie uprawnień budowlanych B.....

J....., która to poprawka nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej ani też innej omyłki w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 1 i 3 Pzp,

5. art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INDRA SISTEMAS z postępowania z powodu nie spełniania warunku udziału określonego w pkt 5.2.3), ppkt 2. lit. b) SIWZ IDW, jak również z powodu złożenia przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS nieprawdziwych informacji odnośnie spełniania tego warunku mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz poprzez zaniechanie uznania oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS za odrzuconą, ewentualnie naruszenie:

- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wyczerpania procedury wyjaśnień w zakresie spełniania przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.2.3), ppkt 2. lit. b) SIWZ IDW, a nadto w zakresie prawdziwości informacji podanych w ofercie odnośnie spełniania tego warunku,

- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasady jednokrotności wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego samego oświadczenia (co nastąpiło pismem zamawiającego do Konsorcjum INDRA SISTEMAS z dnia 12 marca 2014 r. w odniesieniu do wykazu doświadczenia dla W..... G.....),

- art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum INDRA SISTEMAS do uzupełnienia szeregu dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych w SIWZ - Część III PFU, których Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie załączyło do oferty,

- art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości dotyczących załączonych do oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

- art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2, 3 i 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 45 ust. 6 pkt 3, art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a nadto poprzez przeprowadzenie badania i oceny ofert w sposób nierzetelny, wadliwy i niezgodny z wymaganiami i kryteriami określonymi w SIWZ oraz w ustawie, co doprowadziło do bezzasadnego i bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania, oraz do wybrania jako najkorzystniejszej - oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS, pomimo uzasadnionych wątpliwości co do spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również co do prawdziwości złożonych przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności

- wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert,
 3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wyjaśnił, że oferta odwołującego jest niższa od oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS w przedmiotowym postępowaniu, w którym jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena i w którym złożono jedynie dwie oferty. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem ma on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, a nadto może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, odwołujący wskazał, jak poniżej:

1. zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez nie wskazanie w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej wyczerpującego uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z postępowania,
2. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 oraz art. 14 Pzp, a także art. 6 k.c., polegające na nie wykazaniu przez zamawiającego przesłanki wykluczenia odwołującego z postępowania - nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert,
3. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez bezzasadne i bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo, wniesienia wadium w sposób należyty, oraz pomimo, że przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający nie występował do odwołującego z wnioskiem o przedłużenie okresu związania ofertą.

W piśmie z dnia 21 marca 2014 r. zamawiający wskazał jako podstawę prawną wykluczenia odwołującego z postępowania - przepis art. 24 ust. 2 pkt 2, w myśl którego z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Podając uzasadnienie faktyczne wskazał, że odwołujący przedłożył cztery bankowe gwarancje przetargowe (wadium) udzielone przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. w dniu 31 stycznia 2014 r. i obowiązujące do dnia 21 kwietnia 2014 r., opiewające na kwotę po 200.000 zł każda, z czego dwie gwarancje zostały wystawione na zlecenie Pronaw Sp. z o.o., zaś pozostałe dwie na zlecenie każdego z pozostałych członków Konsorcjum, tj. Ekosys Sp. z o.o. i Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, iż w treści każdej gwarancji wadium prawidłowo wskazano zamawiającego, jako ich beneficjenta, a nadto, iż są to gwarancje

bezwarunkowe i nieodwołalne. Zamawiający uznał jednocześnie, że „Wątpliwości budzi określenie podmiotu – Wykonawcy, od zachowania którego uzależniona pozostaje wypłata wadium na rzecz Zamawiającego. W każdej z czterech gwarancji jako „Wykonawcę” wskazano wyłącznie podmiot, który uzyskiwał przedmiotową gwarancję. W treści przedłożonych bankowych gwarancji nigdzie nie wskazano, ani nawet pośrednio z treści gwarancji nie wynika, iż podmiot zlecający wystawienie gwarancji będzie składał ofertę wspólnie z innymi podmiotami”. Ponadto zamawiający - odwołując się do treści art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp stwierdził, że „Wykonawca nie odpowiedział na wniosek Zamawiającego o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Zgodnie z art., 24 ust 4 ustawy PZP - ofertę Wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”.

Odwołujący podniósł, iż całkowicie nieprawdziwe jest twierdzenie, że odwołujący nie odpowiedział na wniosek zamawiającego o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, albowiem przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający nie występował do odwołującego z wnioskiem o wyrażenie takiej zgody. Dopiero pismem z dnia 27 marca 2014 r. (a zatem złożonym już po wyborze oferty najkorzystniejszej) zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 85 ust 2 Pzp o wyrażenie zgody na przedłużenie o 60 dni terminu związania ofertą.

Ponadto, „wątpliwości” zamawiającego odnoszące się do treści gwarancji wadialnych trudno jest uznać za należyte podanie podstawy faktycznej i prawnej wykluczenia w świetle art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. W żadnym fragmencie pisma z 21 marca 2014 r. zamawiający nie stwierdził wadliwości gwarancji, niezgodności z warunkami SIWZ lub ustawą. Tym samym uzasadniony jest zarzut naruszenia przez zamawiającego dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, który w przypadku wykluczenia wykonawcy nakazuje podać uzasadnienie podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia.

Tymczasem, treść pisma zamawiającego z 21 marca 2014 r. wskazuje, iż decyzja o wykluczeniu odwołującego z postępowania nie została poparta jakimikolwiek dowodami lub argumentacją merytoryczną. Literalna wykładnia treści ww. pisma może co najwyżej prowadzić do wniosku, iż dokonując oceny złożonej przez odwołującego oferty, zamawiający powziął „wątpliwości”, których jednak nie rozstrzygnął.

W ocenie odwołującego, „wątpliwości” zamawiającego są nieuzasadnione i wynikają wyłącznie z niezrozumienia istoty konsorcjum związanego pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego oraz ich solidarnej odpowiedzialności, jako uczestników przetargu, co oznacza, że w przypadku, gdy którykolwiek z nich doprowadzi do sytuacji przepadku wadium wymienionej w art. 46 Pzp, to skutki tego działania rozciągają się na wszystkich współkonsorcjantów. Przedstawione

gwarancje wadialne zostały wystawione prawidłowo, są ważne i dają zamawiającemu możliwość zaspokojenia roszczenia, poprzez żądanie od banku wypłaty całej kwoty ustalonego w przetargu wadium. Tym samym odwołujący prawidłowo wniósł wymagane przez zamawiającego wadium. Powyższe stanowisko odwołujący oparł na utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej, jak również orzecznictwie sądowym, gdzie jednoznacznie wskazano, że ustawowa obowiązkowa solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólną ofertę odnosi się także do obowiązku podpisania umowy oraz pokrycia szkody (utruty wadium) w przypadku jej niepodpisania z przyczyn dotyczących uczestnika oferty wspólnej, który nie był podmiotem wnoszącym wadium. Tym samym nie budzi wątpliwości, iż wykonawca występujący w ramach konsorcjum firm może złożyć dokument gwarancji wadialnej wystawiony zarówno na konsorcjum firm lub na lidera konsorcjum, lub na wykonawcę, który jest stroną konsorcjum. To strony konsorcjum ustalają w zawartej między sobą umowie warunki wniesienia wadium, zaś wniesienie gwarancji wadialnej przez którąkolwiek stronę konsorcjum w sposób należyty zabezpiecza interesy zamawiającego, (tak: KIO/UZP 23/07; KIO/UZP 223/08; KIO/UZP 231/08; KIO/UZP 1009/08; KIO/UZP 1063/08; KIO/UZP 99/09; KIO/UZP 1272/09; KIO/UZP 594/10; KIO 1320/11; KIO 2029/11; KIO 1232/13; wyrok SO w Poznaniu z 12.5.2006 r. II Ca 489/06, wyrok SO w Częstochowie z 7.9.2005 r. VI Ca 527/05, niepubl.)

Odwołujący wskazał również, że w pkt 9 Wadium, SIWZ - Część I IDW zamawiający nie sformułował żadnych szczególnych wymagań co do wadium wnoszonego w formie innej niż pieniądze, przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Każda z gwarancji wadialnych wyraźnie wskazuje, że dotyczy przedmiotowego postępowania oraz warunki, odpowiadające wymaganiom ustawy oraz SIWZ, po których ziszczeniu zamawiający uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Żadna z gwarancji nie uzależnia w swojej treści praw beneficjenta od okoliczności, czy zobowiązany występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum. W treści każdej z gwarancji zawarta jest wzmianka, iż wysokość wadium w postępowaniu wynosi 800.000 zł, przy czym każda z gwarancji wystawiona została na kwotę 200.000 zł. Zważywszy zatem, że wszystkie cztery gwarancje wystawione zostały przez ten sam Bank, w związku z tym samym przetargiem, zaś dopiero suma wartości wszystkich gwarancji składa się na kwotę ustalonego w Przetargu wadium - to nie może budzić jakiegokolwiek wątpliwości, że Bank posiadał pozytywną wiedzę, że udziela przedmiotowych gwarancji wadialnych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie im tego samego zamówienia publicznego, a w konsekwencji wiedział również, że przyczyny zapłaty wadium będą zachodziły w przypadku ich spowodowania przez któregokolwiek członka konsorcjum. Odwołujący w dniu 24 marca 2014 r., skierował do Banku prośbę o ustosunkowanie się do podnoszonych przez zamawiającego „wątpliwości” oraz przedłożył kopię odpowiedzi Banku

z dnia 25 marca 2014 r., w treści której Bank oświadczył, iż

- w odniesieniu do każdej z wystawionych Gwarancji Wadialnych przyjął na siebie określoną w ich treści odpowiedzialność za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie określonych zobowiązań przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i składających wspólną ofertę,
- celem wystawienia przez Bank Gwarancji Wadialnych na łączną kwotę 800.000,00 zł było umożliwienie wymienionym w treści gwarancji Spółkom - jako wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia - należytego wniesienia wadium,
- wobec powyższego odpowiedzialność Banku z tytułu Gwarancji Wadialnych, udzielonych na zlecenie poszczególnych odwołujących, w związku z przedmiotowym przetargiem określona jest łączną kwotą 800.000 zł, która zostanie wypłacona przez Bank zamawiającemu w razie zaistnienia warunków określonych w treści gwarancji, niezależnie od tego, którego, spośród trzech odwołujących, działania lub zaniechania spowodują powstanie po stronie zamawiającego uprawnienia do żądania wypłaty; jednocześnie Bank poinformował, że domagając się wypłaty łącznie 800.000 zł zamawiający powinien złożyć cztery osobne żądania zapłaty. Odwołujący załączył odpis pisma PRONAW sp. z o.o. do Banku z 24.03.2014 r. i kopię pisma Banku z dnia 25.03.2014 r.

Odwołujący wskazał, że na tle analogicznego stanu faktycznego zapadł wyrok KIO z 29 września 2011 r. (KIO 2029/11, Legalis), w którym Izba podkreśliła, iż nie ma znaczenia dla ważności wadium okoliczność, że w dokumencie wadialnym wymieniony jest tylko jeden uczestnik oferty wspólnej. Odwołujący powołał także orzeczenie wydane przez Sąd Okręgowy w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. sygn. sygn. akt II Ca 489/06 oraz wyrok KIO/UZP 1063/08 z dnia 20 października 2008 r.

W pkt 5.2.3, ppkt 2. lit. b) SIWZ IDW zamawiający ustanowił - warunek udziału w postępowaniu – aby Specjalista nr 2 - Projektant posiadał „uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń uprawniające do projektowania systemów teleinformatycznych lub równoważne. W pytaniu nr 6 do SIWZ z 13 stycznia 2014 r. wskazano, że w katalogu uprawnień projektowych nie występują uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń uprawniające do projektowania systemów teleinformatycznych lub równoważnych. W odpowiedzi na ww. pytanie zamawiający doprecyzował, że wymóg ten należy rozumieć jako uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 13 ust. 1 pkt 2e ustawy prawo budowlane (art. 14 ust. 1 pkt 2e ustawy prawo budowlane).

Zakres uprawnień budowlanych, o których mowa w art. 14 ust. 1 pkt 2e ustawy prawo budowlane tj. uprawnień do projektowania w specjalności telekomunikacyjnej określa rozporządzenie wykonawcze do ustawy prawo budowlane wydane przez Ministra Transportu

i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578), którego przepis § 22 ust. 1 stanowi, iż uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń uprawniają do projektowania obiektu budowlanego w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Takimi zatem uprawnieniami - zgodnie z wymaganiami zamawiającego - powinna legitymować się osoba wskazana przez wykonawcę na stanowisko Projektanta.

Dla porównania, przepis § 22 ust. 2 tego samego rozporządzenia definiuje, że uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacyjnej w ograniczonym zakresie uprawniają do projektowania obiektu budowlanego lub kierowania robotami budowlanymi związanymi z obiektem budowlanym wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną, w odniesieniu do obiektu budowlanego, takiego jak: lokalne linie i instalacje.

W załączonym do oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (str. 182 oferty), jako Projektant wskazany jest B..... J....., przy którym w rubryce „Wykształcenie i kwalifikacje” wpisano „Wyższe, Uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania nr 0706/97/U”. Z treści załączonej do oferty (str. 196) Decyzji nr 0706/97/U wynika, że B..... J..... dysponuje uprawnieniami budowlanymi w telekomunikacji do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń. Powyższą Decyzję nr 0706/97/U wydano na podstawie rozporządzenia Ministra Łączności z dnia 10.10.1995 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie telekomunikacyjnym. Jak wynika z treści § 2 tego rozporządzenia, uprawnienia budowlane w specjalności telekomunikacji były w tamtym czasie udzielane w specjalnościach instalacyjnych w zakresie sieci, linii, instalacji i urządzeń dla:

- telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, bądź też dla
- telekomunikacji radiowej,

jako ustanowionych odrębnych specjalizacji w ramach tychże specjalności instalacyjnych (§ 4 ust 2 ww. rozporządzenia). Zgodnie zaś z § 4 ust 1 ww. rozporządzenia, uprawnienia budowlane w telekomunikacji w zakresie ograniczonym wydawane były do projektowania albo kierowania robotami budowlanymi, zaś bez ograniczeń obejmowały zarówno projektowanie, jak i kierowanie robotami budowlanymi.

Oceniając zatem zakres uprawnień budowlanych, jakimi dysponuje B..... J..... - na podstawie załączonej do oferty Decyzji nr 0706/97/U - należy stwierdzić, iż wykonawca nie wykazał, że spełnia warunek określony w pkt 5.2.31. ppkt 2. lit b) SIWZ IDW i doprecyzowany w odpowiedzi na pytanie 6 z 13 stycznia 2014 r., tj. warunek posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko Projektanta uprawnień budowlanych do

projektowania bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej w rozumieniu art. 14 ust. 1 pkt 2e ustawy prawo budowlane, czyli - zgodnie z § 22 rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U Nr 83, poz. 578) - uprawnień budowlanych do projektowania obiektu budowlanego w zakresie telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą telekomunikacyjną oraz telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Zakres wykazanych przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS uprawnień budowlanych posiadanych przez ww. osobę nie obejmuje uprawnień budowlanych do projektowania obiektu budowlanego w zakresie telekomunikacji radiowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Tym samym, nie można uznać, że B..... J..... dysponuje uprawnieniami budowlanych do projektowania w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w rozumieniu art. 14 ust. 1 pkt 2e ustawy prawo budowlane (por. KIO/UZP 958/08, KIO 1361/11, KIO 1369/11).

Pismem z dnia 20 lutego 2014 r. (pkt 5) zamawiający wezwał Konsorcjum INDRA SISTEMAS do wyjaśnienia treści wykazu osób, poprzez wskazanie, czy p. B..... J..... posiada uprawnienia budowlane do projektowania systemów teleinformatycznych bez ograniczeń.

Konsorcjum INDRA SISTEMAS odpowiedziało pismem z dnia 27 lutego 2014 r. (str. 5), nie odnosząc się w jakikolwiek sposób do zakresu uprawnień budowlanych B..... J..... wynikających z załączonej do oferty Decyzji nr 0706/97/U. Wyjaśnienia sprowadzają się do zacytowania przepisów rozporządzenia Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 28 kwietnia 2006 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. Nr 83, poz. 578), co - jak wykazano powyżej - jest o tyle chybione, że przepisy rozporządzenia wydanego w 2006 r. nie są w żaden sposób miarodajne do wyjaśnienia zakresu uprawnień budowlanych nadanych B..... J..... w 1997 r. na podstawie zupełnie innego reżimu.

Oczywiste jest, że Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie było uprawnione do własnej i dowolnej „interpretacji warunku udziału”, w szczególności do „zakresu oraz przedmiotu zamówienia” w sytuacji, gdy zamawiający ten warunek sprecyzował, jako konieczność wykazania, że Projektant dysponuje uprawnieniami budowlanymi do projektowania w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń w rozumieniu art. 14 ust. 1 pkt 2e ustawy prawo budowlane (a zatem w rozumieniu aktualnie obowiązujących przepisów). Tym samym Konsorcjum INDRA SISTEMAS powinno dokonać „interpretacji warunku udziału”, odnosząc go do aktualnie obowiązującego znaczenia terminu prawnego „uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności telekomunikacyjnej bez ograniczeń”, a z drugiej strony do zakresu uprawnień posiadanych przez B..... J....., wynikających z treści Decyzji nr 0706/97/U.

Konsorcjum INDRA SISTEMAS „z daleko idącej ostrożności” złożyło nowy Wykaz osób, w treści którego wskazało dodatkową osobę - jako Specjalistę nr 2 (Projektant) - tj. G..... G....., oświadczając, iż na dzień składania ofert w postępowaniu legitymował się on wymaganymi przez zamawiającego uprawnieniami oraz doświadczeniem i wykształceniem. W rubryce „Wykształcenie i kwalifikacje” wpisano „Wyższe - Politechnika Gdańska, mgr inż. Uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w specjalności telekomunikacyjnej Nr ewid. POM/0204/POOT/09” w telekomunikacji do projektowania nr 0706/97/U”. Jako Projektanta pod poz, 2a wskazano B..... J....., przy którym w rubryce „Wykształcenie i kwalifikacje” wpisano „Wyższe, Uprawnienia budowlane w telekomunikacji do projektowania nr 0706/97/U”; pozostawiono zatem ten sam zapis, który znajdował się w pierwotnie złożonej ofercie.

Analizując uprawnienia budowlane oraz doświadczenie zawodowe G..... G..... należy zauważyć, iż Decyzja nr ew. POM/0204/POOT/09 o uzyskaniu przez niego przedmiotowych uprawnień budowlanych została wydana w dniu 7 grudnia 2009 r., tj. w dacie zadeklarowanej jako początek pełnienia funkcji Projektanta przy Inwestycji opisanej pod poz. 1 nowego Wykazu osób (str. 37) – zatem 15 grudnia 2009 r. nie była nawet ostateczna (albowiem na podstawie art. 24 ustawy o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów z dnia 15 grudnia 2000 r. - Dz.U. 2001 Nr 5, poz. 42; tj. z dnia 19 kwietnia 2013 r, - Dz.U. z 2013 r. poz. 932 podlega ona zaskarżeniu do Krajowej Komisji Kwalifikacyjnej w terminie 14 dni od dnia jej otrzymania).

Zgodnie z art. 12 ust. 7 ustawy prawo budowlane, podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, m.in. w zakresie projektowania, stanowi wpis, w drodze decyzji do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane, prowadzonego w formie elektronicznej przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego (art. 88a ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy prawo budowlane), oraz - zgodnie z odrębnymi przepisami - wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego, potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę, z określonym w nim terminem ważności. Zgodnie z § 3 ust. 2 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie wzorów i sposobu prowadzenia w formie elektronicznej centralnych rejestrów osób posiadających uprawnienia budowlane, rzeczoznawców budowlanych oraz ukaranych z tytułu odpowiedzialności zawodowej w budownictwie z dnia 11 lutego 2009 r. (Dz.U. Nr 23, poz. 136), wpisu do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane dokonuje się na podstawie ostatecznej decyzji o nadaniu uprawnień, wydanej przez właściwy organ. Tym samym, nie jest wystarczające uzyskanie decyzji administracyjnej o nadaniu uprawnień budowlanych, a następnie decyzji o wpisie do centralnego rejestru, albowiem do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie konieczne jest spełnienie jeszcze trzeciego warunku, to jest uzyskanie wpisu na listę członków właściwej izby samorządu

zawodowego, co musi być potwierdzone odpowiednim zaświadczeniem. Wszystkie wskazane wyżej trzy warunki muszą być spełnione łącznie, aby można było uznać, że dana osoba ma prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie.

Na stronie internetowej Pomorskiej Izby Inżynierów Budownictwa odwołujący uzyskał informację, że G..... G..... jest członkiem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa od dnia 1 maja 2010 r., na dowód czego odwołujący przedłożył wydruki wygenerowane

z opisanego wyżej systemu, z których wynika, iż w dacie 30 kwietnia 2010 r. nie był on jeszcze członkiem Izby, zaś odpowiedź „TAK” potwierdzająca przynależność G..... G..... pojawiła się dopiero przy wskazaniu daty 1 maja 2010 r.

Powyższe okoliczności uzasadniają wniosek, iż G..... G..... nie mógł pełnić funkcji Projektanta przy inwestycjach opisanych pod następującymi pozycjami nowego Wykazu osób: 1 (w okresie 15.12.2009-31.03.2010), 2 (w okresie 1.02.2010-30.04.2010), i częściowa także 3 (w okresie od 20.04.2010-30.04.2010), albowiem do dnia 30.04.2010 r. włącznie nie posiadał on prawa wykonywania funkcji Projektanta, jako samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, które to prawo nabył dopiero z dniem 1.05.2010 r.

Odwołujący ustalił, iż G..... G..... nie mógł pełnić funkcji Projektanta przy inwestycji opisanej pod poz. 12 nowego Wykazu osób jako „Projekt linii kablowej SN 15kV relacji SE EŁK BIS - SE EŁK wraz z kanalizacją teletechniczną” realizowanej w okresie 1.03.2013-31.07.2013, gdyż nie posiada wymaganych przy projektowaniu tego typu inwestycji uprawnień budowlanych do projektowania linii kablowych SN.

Z uwagi na powyższe, G..... G..... nie spełnia wymogu określonego w pkt 5.2.3), ppkt 2. lit. c) SIWZ IDW jako co najmniej 4 letniego doświadczenia zawodowego w projektowaniu, w tym doświadczenia w zaprojektowaniu co najmniej 1 zrealizowanego systemu nadzoru i monitoringu. W uwadze E do pkt 5.2.3) SIWZ IDW zamawiający określił, iż przez doświadczenie zawodowe, w przypadku osoby mającej pełnić funkcję Projektanta, należy rozumieć okres od daty uzyskania uprawnień budowlanych wskazanych przez zamawiającego do daty upływu terminu składania ofert.

G..... G..... nabył uprawnienia do wykonywania funkcji Projektanta w zakresie wskazanym przez zamawiającego w pkt 5.2.3), ppkt 2. lit. b) SIWZ IDW z dniem 1 maja 2010 r. Pomędzy tą datą, a datą upływu terminu składania ofert w przedmiotowym przetargu (3.02.2014 r.) nie upłynęły nawet 4 pełne lata, nie można zatem uznać, że G..... G..... spełnia wymóg posiadania co najmniej 4 letniego doświadczenia zawodowego w projektowaniu.

Zamawiający nie wyjaśnił również dostatecznie kwestii, czy G..... G..... spełnia drugi wymóg określony w pkt 5.2.3), ppkt 2. lit. c) SIWZ IDW, to jest, czy posiada doświadczenie w zaprojektowaniu co najmniej 1 zrealizowanego systemu nadzoru

i monitoringu.

Odwołujący wskazał, że wzmianki dotyczące systemu nadzoru zawarte są przy opisach inwestycji pod pozycjami nr 2, 14 i 15, przy czym:

a) inwestycja opisana pod poz. 2 nie może zostać uznana za potwierdzającą doświadczenie G..... G..... w zaprojektowaniu zrealizowanego systemu nadzoru i monitoringu, albowiem:

- w dniu 15.12.2009 r., wskazanym jako data rozpoczęcia realizacji inwestycji opisanej pod poz. 2, G..... G..... nie posiadał jeszcze nawet ostatecznej decyzji z 7.12.2009 r. o nadaniu uprawnień budowlanych nr ew. POM/0204/POOT/09, a zatem nie mógł zaprojektować tejże inwestycji,

- z opisu inwestycji wynika, iż jej elementem był projekt rozbudowy systemu monitoringu i nadzoru, nie zaś zaprojektowanie systemu nadzoru i monitoringu jako takiego,

b) inwestycja opisana pod poz. 14 nie może zostać uznana za potwierdzającą doświadczenie G..... G..... w zaprojektowaniu zrealizowanego systemu nadzoru i monitoringu, albowiem jako datę zakończenia realizacji tej inwestycji wskazano 20.02.2004 r., co oznacza, że na dzień składania ofert tj. 3.02.2014 r, przedmiotowy wymóg nie był spełniony, albowiem w tej dacie inwestycja opisana pod poz. 14 nie była jeszcze zrealizowana,

c) inwestycja opisana pod poz. 15 nie może zostać uznana za potwierdzającą doświadczenie G..... G..... w zaprojektowaniu zrealizowanego systemu nadzoru i monitoringu, albowiem inwestycja ta (Gdyńskie Centrum Filmowe) nie została jeszcze zrealizowana, o czym świadczy choćby samo porównanie daty 1,01.2014 wskazanej jako początek okresu realizacji inwestycji z datą 15.02.2014 wskazaną jako data zakończenia jej realizacji; ponadto, powyższe oznacza, że na dzień składania ofert tj. 3.02.2014 r. przedmiotowy wymóg nie był spełniony, albowiem w tej dacie inwestycja nie mogła być zrealizowana.

Pismem z dnia 5 marca 2014 r. zamawiający poinformował Konsorcjum INDRA SISTEMAS, że w złożonej ofercie dokonał poprawy oczywistej omyłki pisarskiej w wykazie osób - Załącznik nr 4 do SIWZ Specjalista nr 2 w trybie art. 87 ust 3 Pzp, poprzez dodanie zapisu „bez ograniczeń” przy opisie uprawnień budowlanych B..... J..... .

W świetle orzecznictwa, należy uznać, że zamawiający w sposób rażący naruszył przepis art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, albowiem charakter dokonanej poprawki w załączonym do oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS formularzu - wykaz osób - Załącznik nr 4 do SIWZ, polegającej na dodaniu zapisu „bez ograniczeń”, przy opisie uprawnień budowlanych B..... J....., nie pozwala na zakwalifikowanie tej poprawki jako oczywistej omyłki pisarskiej.

Zamawiający nie przeprowadził postępowania o udzielenie zamówienia w sposób

zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, albowiem dokonał oceny oferty złożonej przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS w sposób nierzetelny, odstępując od wymagań i kryteriów określonych w SIWZ, uznając, że wykonawca spełnia określone warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczenia, zaś jego oferta jest prawidłowa, chociaż załączone do oferty dokumenty i oświadczenia dotyczące osób mających pełnić funkcje Projektantów (tj. B..... J..... oraz G..... G.....) nie są wystarczające do spełnienia określonego w punkcie 5.2.3) SIWZ warunku udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego, ani B..... J....., ani też G..... G..... nie spełniają określonych w punkcie 5.2.3) ppkt 2 SIWZ IDW wymogów, co powinno skutkować uznaniem, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Tym samym uzasadniony jest zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp.

Niezależnie od powyższego, ww. zarzut może zostać uznany za przedwczesny. Z tego względu, z ostrożności procesowej odwołujący podniósł także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp - poprzez zaniechanie wyjaśnienia i ustalenia, czy Konsorcjum INDRA SISTEMAS spełnia warunek określony w pkt 5.2.3), ppkt 2. lit. b) SIWZ IDW oraz czy złożyło nieprawdziwe informacje odnośnie spełniania tego warunku.

Zarzut nr 3

Kolejnym przejawem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy są działania polegające na wielokrotnym wzywaniu Konsorcjum INDRA SISTEMAS do wyjaśnień i uzupełnienia wykazu doświadczenia W..... G....., w kontekście posiadania przez niego kwalifikacji i doświadczenia, określonych w punkcie 5.2.3) ppkt 1. SIWZ IDW, wymaganych od osoby oferowanej przez wykonawcę na stanowisko Specjalisty nr 1 - Przedstawiciela Wykonawcy, jako warunek udziału wykonawcy w przetargu.

Zamawiający, pismem z dnia 20 lutego 2014 (pkt 5a) - powołując się na przepisy art. 26 ust 3 i 4 Pzp wezwał Konsorcjum INDRA SISTEMAS do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia oferty m.in. w zakresie wyjaśnienia w oparciu o jakie warunki kontraktowe (równoważne z FIDIC) realizowane było zadanie wskazane w pkt 4 wykazu doświadczenia Wojciecha Grześkowiaka oraz podania terminów (choćby planowanych) zakończenia inwestycji wskazanych w pkt 1 i 2 wykazu doświadczenia W..... G....., albowiem na załączonym do oferty wykazie osób - Załączniku nr 4 do SIWZ, w kolumnie „Data zakończenia inwestycji”, w pozycji 1 i 2 wpisano „w trakcie” nie podając żadnej daty.

Na powyższe Konsorcjum INDRA SISTEMAS odpowiedziało pismem z dnia 27 lutego 2014 r., gdzie na str. 4-5 wyjaśniło, iż powyższe zadanie było realizowane w oparciu o warunki kontraktowe BKK, przedstawiając swoje stanowisko odnośnie zgodności tych warunków z warunkami FIDIC, oraz udzielając informacji odnośnie terminów zakończenia

inwestycji wskazanych pod poz. 1 i 2 doświadczenia. Jednocześnie do tego pisma załączono nowy wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia - Załącznik nr 4 do SIWZ, gdzie rozszerzone zostały, względem pierwotnej oferty, informacje dotyczące Specjalisty nr 1 - Przedstawiciela Wykonawcy, poprzez podanie w kolumnie „Data zakończenia inwestycji” informacji odnośnie czasu realizacji inwestycji opisanych w poz. 1 i 2 wykazu doświadczenia dla W..... G....., a nadto uzupełniono opis inwestycji pod poz. 4 tego wykazu o informacje na temat warunków kontraktowych BKK.

Zamawiający kolejnym pismem z dnia 12 marca 2014 r., powołując się na przepisy art. 26 ust 3 i 4 Pzp wezwał Konsorcjum INDRA SISTEMAS do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia wykazu doświadczenia W..... G....., poprzez podanie dodatkowych inwestycji odpowiadających wymogom określonym w punkcie 5.2.3) podpunkt 1) lit b) SIWZ lub uzupełnienie wykazu osób o dodatkową osobę w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ. Zamawiający wskazał, iż z treści wykazu osób, w tym wykazu doświadczenia W..... G..... nie wynika, aby osoba wskazana do pełnienia funkcji Specjalisty nr 1 pełniła funkcję Przedstawiciela Wykonawcy lub równoważną, tj. jako osoba zarządzająca Kontraktem w imieniu wykonawcy, w ramach co najmniej 3 kontraktów realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe wg FIDIC lub równoważne.

Pismem z dnia 12 marca 2014 r. Konsorcjum INDRA SISTEMAS zwróciło się do zamawiającego o doprecyzowanie wezwania poprzez wskazanie, które z pozycji wykazu osób dla Specjalisty nr 1 nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu i z jakiego powodu.

Na powyższe zamawiający odpowiedział pismem z dnia 13 marca 2014 r. doprecyzowując, że wątpliwości wzbudziły wskazane przez wykonawcę prace W..... G..... wymienione pod poz. 1 i 2 wykazu - załącznika nr 4 do SIWZ.

Konsorcjum INDRA SISTEMAS odpowiedziało pismem z dnia 14 marca 2014 r. składając - po raz kolejny - nowy wykaz osób w części dotyczącej Specjalisty nr 1 - Przedstawiciel Wykonawcy, w celu zastąpienia wskazanego uprzednio specjalisty w osobie W..... G..... - dwoma innymi osobami.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie wypracowana została zasada jednokrotności wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. W przeciwieństwie do uzupełniania oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3, wezwanie do wyjaśnienia może być kierowane kilkakrotnie w stosunku do tego samego oświadczenia lub dokumentu. Powodem może być zarówno fakt, iż pierwotne wyjaśnienia są niewystarczające, jak i fakt stwierdzenia innych wątpliwości.

W ocenie odwołującego, pierwsze wezwanie skierowane do INDRA pismem z dnia 20 lutego 2014 r., w zakresie, w jakim dotyczyło punktu 5a tego pisma, stanowiło w istocie

wezwanie w trybie art. 26 ust 3 Pzp albowiem pytanie zamawiającego w punkcie 5a tego pisma dotyczyło uzupełnienia informacji zawartych w kolumnie „Data zakończenia inwestycji” dla pozycji 1 i 2 wykazu doświadczenia W..... G..... . Spełnienie ww. warunku, dotyczącego doświadczenia Specjalisty nr 1, zamawiający oceniał na podstawie oświadczenia wykonawcy, zawartego w wykazie osób - Załącznik nr 4 do SIWZ, w punkcie 4. (Spełnianie przez Specjalistów nr 1-5 warunku w postaci posiadania wymaganego okresu doświadczenia zawodowego). W związku z powyższym, pismem z dnia 20 lutego 2014 r. zamawiający w rzeczywistości zwrócił się nie tyle o „wyjaśnienie” kwestii planowanego zakończenia inwestycji wykazywanych jako doświadczenie W..... G....., co o uzupełnienie wykazu doświadczenia tej osoby o informacje wymagane w kolumnie „Data zakończenia inwestycji”. Najlepszym na to dowodem jest fakt, że Konsorcjum INDRA SISTEMAS właśnie w taki sposób potraktowało przedmiotowe wezwanie, przedstawiając przy piśmie z dnia 27 lutego 2014 r. nowy wykaz doświadczenia W..... G..... uzupełniony o informacje, do podania których zamawiający wzywał pismem z dnia 20 lutego 2014 r.

Pismem z dnia 12 marca 2014 r. zamawiający wezwał zatem wykonawcę po raz drugi do uzupełnienia wykazu doświadczenia W..... G....., co uzasadnia zarzut naruszenia art. 26 ust 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut nr 4.

Oferta Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie zawiera dokumentacji wymaganej przez zamawiającego, zgodnie z zapisami SIWZ - Część III „Program Funkcjonalno-Użytkowy” (PFU), gdzie - zamawiający zawarł wyraźne wymaganie, iż wraz z ofertą wykonawca musi dostarczyć odpowiednio - dokumentację. W tej sytuacji zamawiający obowiązany był wezwać Konsorcjum INDRA SISTEMAS do uzupełnienia brakujących dokumentów wskazanych w PFU, czego jednak nie uczynił. Powyższe uzasadnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Zarzut nr 5.

Przy czynności badania i oceny ofert zamawiający przeoczył, że Specjalista nr 3 wykazany przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie posiada wymaganych kwalifikacji i doświadczenia.

Zgodnie z wymogami SIWZ IDW, Specjalista nr 3 - Kierownik robót konstrukcyjno-budowlanych powinien charakteryzować się kwalifikacjami i doświadczeniem polegającym m. in. na co najmniej 5 - letnim doświadczeniu zawodowym, jako kierownik budowy lub robót, w tym przynajmniej 3 - letnim doświadczeniem w branży konstrukcyjno-budowlanej, jako kierownik budowy lub robót.

W wykazie osób załączonym do oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS (str. 182 oferty) zawarto informację, że funkcję Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych ma pełnić J..... P..... . W wykazie doświadczenia tej osoby, uzupełnionym

wykazem dołączonym do wyjaśnień wykonawcy z 27 lutego 2014 r., opisano łącznie 9 inwestycji, przy czym w wykazie inwestycji załączonym do wyjaśnień w pozycjach nr 2 oraz 3 - wskazano inwestycję, której opis wskazuje, że w istocie rzeczy dana pozycja wykazu może obejmować więcej niż jedną inwestycję, jednak bez podania informacji, czy realizacja przedsięwzięcia opisanego w danej pozycji odbywała się w sposób ciągły, czy też z przerwami, co uniemożliwia obliczenie rzeczywistego okresu wymaganego przez zamawiającego doświadczenia Specjalisty nr 3.

W celu umożliwienia obliczenia rzeczywistego okresu doświadczenia Specjalisty nr 3 kwestia ta powinna być wyjaśniona, względnie uzupełniona w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w taki sposób, aby Konsorcjum INDRA SISTEMAS podało okresy realizacji poszczególnych inwestycji składających się na daną pozycję wykazu.

Zaniechanie wyjaśnienia wskazanych wyżej wątpliwości uzasadnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, jako okoliczności istotnych dla oceny spełnienia przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS powyższego warunku.

Zarzut nr 6.

Przy czynności badania i oceny ofert zamawiający przeoczył, że w odniesieniu do Specjalisty nr 4 wykazanego przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS błędnie wskazano jego kwalifikacje i doświadczenie.

Zgodnie z SIWZ IDW, Specjalista nr 4 - Kierownik robót elektrycznych musi charakteryzować się kwalifikacjami i doświadczeniem polegającym m. in, na co najmniej 3 - letnim doświadczeniu zawodowym w branży elektrycznej, jako kierownik budowy lub robót.

W wykazie doświadczenia dla Specjalisty nr 4 (str. 188), w pozycji nr 2 - wskazano inwestycję polegającą na „Budowie stacji bazowych telefonii komórkowej” przyjmując daty „2007.02-nadal” za okres ich realizacji bez informacji, czy inwestycje polegające na budowie kolejnych stacji bazowych realizowane były w sposób ciągły. Zdaniem odwołującego, opis inwestycji wskazuje, że ww. pozycja obejmuje więcej niż jedną inwestycję, a więc w celu umożliwienia obliczenia rzeczywistego doświadczenia specjalisty, pozycja ta powinna zostać rozbita na poszczególne terminy odpowiadające jej realizacji. Zaniechanie wyjaśnienia ww. wątpliwości uzasadnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Zarzut nr 7.

Zamawiający określił w punkcie 5.2.2) SIWZ IDW warunki, jakie muszą spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia. Jednym z warunków było wykonanie z należytą starannością w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie - co najmniej jednej inwestycji polegającej na wykonaniu robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, których przedmiotem było: wykonanie dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy, dla których uzyskano pozwolenie na budowę) i pełnienie nadzoru autorskiego

oraz wykonanie na podstawie tej dokumentacji robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budowli, o wartości co najmniej 500.000,00 PLN brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100 brutto), realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne - np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania).

W wykazie wykonanych robót, na stronie 171 oferty w pozycji 2, Konsorcjum INDRA SISTEMAS umieściło Budowę stacji Radarowej Łeba wybudowanej w ramach zadania Krajowy System Bezpieczeństwa Morskiego Etap I. Wartość brutto zadania określono jako „powyżej 500.000 PLN”.

Z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że inwestycja pn. „Krajowy System Bezpieczeństwa Morskiego Etap I” jest nadal w realizacji, co potwierdzają m.in. przedstawione przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS referencje wydane przez Urząd Morski w Gdyni. Stanowi to rozbieżność z wymaganiami zamawiającego, z których jasno wynika, że inwestycja, którą powinien legitymować się wykonawca musi być zakończona. Zakończenie budowy pojedynczego obiektu, objętego nawet osobnym pozwoleniem na budowę, realizowanego w ramach etapu inwestycji, nie może zostać uznane za zakończenie inwestycji. Powyższe wątpliwości są tym bardziej uzasadnione, że Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie przedstawiło dla przedmiotowej inwestycji ani świadectwa jej przejęcia lub świadectwa jej wykonania. Zaniechanie wyjaśnienia powyższych wątpliwości uzasadnia zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Zarzut nr 8.

Zamawiający w pkt. 5.2.4) b) oraz 14.3.15 SIWZ IDW określił obowiązek załączenia do oferty „opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.”

W zaświadczeniach załączonych do oferty na stronach 258 - 264, mających stanowić dowód ubezpieczenia, zawarto informację, że Indra Sistemas S.A. zawarła wymaganą polisę ubezpieczeniową. W takim przypadku, zgodnie z wymaganiami SIWZ, to polisa powinna być załącznikiem do oferty, nie zaś zaświadczenie, mające stanowić „inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem”, gdyż takie może zostać załączone do oferty wyłącznie w przypadku braku polisy (wyrok KIO z dnia 15 marca 2012 r., KIO/UZP 421/12, wyrok z dnia 24 lutego 2012 r., KIO/UZP 301/12).

Zaświadczenia, o których mowa powyżej nie spełniają wymagań wynikających z art. 141 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej, a także nie wskazano w nich wysokości składki, przez co niemożliwe jest stwierdzenie faktu jej opłacenia. Dodatkowo nie wskazano informacji dotyczących adresu i siedziby zakładu ubezpieczeń lub

odpowiednio adresu oddziału zakładu ubezpieczeń, który udziela ochrony ubezpieczeniowej, miejsca zawarcia umowy ubezpieczenia oraz daty zawarcia umowy ubezpieczenia.

Konsorcjum INDRA SISTEMAS zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismem z dnia 11 kwietnia 2014 r.). Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania i wskazał, że w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 4 do 9 odwołujący nie wykazał posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz, że poniósł lub może ponieść szkodę, która pozostaje wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący podał w odwołaniu, że czynności zamawiającego objęte zarzutami odwołania narażają odwołującego na szkodę albowiem skutkują utratą przez odwołującego realnej możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego. Twierdzenia te nie znajdują oparcia w okolicznościach faktycznych i prawnych niniejszego postępowania. Oferta odwołującego została wyceniona na kwotę niższą niż cena zaoferowana przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS. W przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania, oferta Konsorcjum INDRA SISTEMAS zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu, tj. za odwołującym. Zatem bez względu na zarzuty dotyczące oferty INDRA SISTEMAS odwołujący miałby potencjalną szansę na uzyskanie zamówienia. W przypadku natomiast nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania odwołujący pozostałby wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą, niezależnie od sytuacji Konsorcjum INDRA SISTEMAS w tym postępowaniu. W obydwu zatem wariantach rozstrzygnięć odwołania, kwestionowanie oceny oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. Dodatkowo w przypadku każdego z rozstrzygnięć co do zarzutu wykluczenia odwołującego, zarzuty co do oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie narażają odwołującego na możliwość poniesienia szkody.

Niezależnie od powyższego zamawiający wyjaśnił, co następuje.

W treści zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego zamawiający w sposób szczegółowy wskazał okoliczności faktyczne stanowiące podstawę wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający opisał gwarancje bankowe złożone przez odwołującego i wskazał, że wątpliwości budzi oznaczenie „Wykonawcy” w treści tych gwarancji. Wątpliwości te zostały wyjaśnione w dalszej treści zawiadomienia, przez wskazanie, że z treści gwarancji nie wynika, aby dotyczyły one oferty składanej przez podmiot wskazany w gwarancji jako

„Wykonawca” wspólnie z innymi podmiotami. Natomiast, zgodnie z treścią gwarancji, od zachowania podmiotu oznaczonego jako „Wykonawca” uzależniona jest wypłata kwoty wskazanej w poszczególnych gwarancjach. Jako podstawę prawną wskazano art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, przytaczając jego brzmienie oraz dodając dodatkowe zdanie wyjaśniające jedną z okoliczności zawartych w tym przepisie. Wbrew stanowisku odwołującego, to dodatkowe zdanie nie stanowi opisu okoliczności faktycznych sprawy. Jak słusznie zauważył odwołujący, zamawiający nie wzywał odwołującego do przedłużenia okresu związania ofertą do dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej., a także nie zaistniały przesłanki do przedłużenia ważności wadium na ten okres. Oczywiście zatem pozostaje, że podstawą wykluczenia był art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zdaniem zamawiającego, potwierdzeniem prawidłowości zawiadomienia jest treść wniesionego odwołania.

Zamawiający przytoczył zapisy SIWZ (pkt 9.3 ppkt 5 IDW) dotyczące wadium wnoszonego w formie gwarancji. Zamawiający wymagał oznaczenia w treści gwarancji „Wykonawcy” składającego ofertę. W odniesieniu do odwołującego wykonawcą jest natomiast konsorcjum trzech spółek wspólnie ubiegających się o zamówienie. Podmioty te złożyły cztery gwarancje bankowe, każda na kwotę 200 000,00 zł. Dwie gwarancje wystawione na Spółkę Pronaw Sp. z o.o., a pozostałe dwie na Ekosys Sp. z o.o. oraz Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o. Realizację każdej z gwarancji uzależniono od wystąpienia okoliczności wskazanych w SIWZ i ustawie Pzp w odniesieniu do zachowania „Wykonawcy” zdefiniowanego odrębnie w każdej z gwarancji. Precyzyjne oznaczenie podmiotu (podmiotów), których zachowanie skutkuje uprawnieniem zamawiającego do zrealizowania gwarancji, pozostaje kluczowe dla oceny możliwości zaspokojenia roszczeń zamawiającego z przedmiotowych gwarancji bankowych. Ponadto wskazanie w treści każdej gwarancji tylko części kwoty wadium, może skutkować odmową wypłaty przez bank całej kwoty, gdy w odniesieniu do którejś ze spółek nie zaktualizują się okoliczności uprawniające gwaranta do wypłaty wadium. Dla usunięcia wadliwości gwarancji nie ma znaczenia oświadczenie gwaranta PKO BP S.A. z dnia 25 marca 2014 r., ponieważ treść zobowiązań gwaranta wyznacza wyłącznie treść gwarancji. Zdaniem zamawiającego niezasadne jest stanowisko odwołującego w zakresie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum. Dopiero z chwilą wyboru ich oferty i podpisania umowy ponoszą wspólną odpowiedzialność za wykonanie tej umowy.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS:

Zamawiający uznał za niezasadny zarzut niewykazania przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS spełnienia warunku określonego w pkt 5.2.3 ppkt 2 lit. b IDW. Zamawiający nie jest uprawniony do żądania przedstawienia przez wykonawcę decyzji w przedmiocie nadania uprawnień potwierdzających datę ich nabycia oraz zakres w odniesieniu do osób wymaganych do realizacji zamówienia (§ 1 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady

Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Zamawiający wymagał złożenia w tym zakresie oświadczenia wykonawcy. Oświadczenie złożone przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS (Załącznik nr 4) podlegało wyjaśnieniu w odniesieniu do uprawnień p. B..... J....., gdyż w załączniku nr 4 nie potwierdzono, aby uprawnienia w telekomunikacji do projektowania posiadane przez tę osobę były uprawnieniami „bez ograniczeń”. W treści wyjaśnień wykonawca potwierdził, że B..... J..... posiada uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi w specjalnościach instalacyjnych w telekomunikacji przewodowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą bez ograniczeń.

Wobec takich wyjaśnień, zamawiający dokonał poprawienia w ofercie omyłki na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (w zawiadomieniu jedynie omyłkowo podano „art. 87 ust. 3”). W tych okolicznościach nie było konieczne dokonywanie weryfikacji uprawnień oraz doświadczenia dodatkowej osoby wskazanej na stanowisko Specjalisty nr 2, tj. G..... G..... Zamawiający wyjaśnił dodatkowo, że w treści postanowienia 5.2.3 ppkt 2 lit. b IDW w stosunku do Specjalisty nr 2 wymagał posiadania uprawnień budowlanych do projektowania systemów teleinformatycznych bez ograniczeń. W treści wyjaśnień na pytanie nr 6 z dnia 3 stycznia 2014 r. zamawiający wskazał, że pod tym pojęciem należy rozumieć uprawnienia budowlane do projektowania w specjalności telekomunikacyjnej, jednocześnie zamawiający nie dokonał modyfikacji tego warunku wskazanego w IDW, przy czym prawidłowość tej czynności nie była kwestionowana przez wykonawców

w ramach środków ochrony prawnej. Dlatego w toku badania i oceny ofert zamawiający przyjął szeroką interpretację treści tego warunku z uwzględnieniem wyjaśnień treści SIWZ.

Zamawiający zaprzeczył jakoby naruszył zasadę jednokrotności wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Wyjaśnił, że wezwał Konsorcjum INDRA SISTEMAS pismem z dnia 20 lutego 2014 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących warunków kontraktowych, w jakich realizowane było zadanie w pkt 4 wykazu doświadczenia G..... G..... oraz terminów realizacji inwestycji wskazanych w pkt 1 i 2 wykazu doświadczenia ww. osoby na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Natomiast w treści wezwania z dnia 12 marca 2014 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum INDRA SISTEMAS do uzupełnienia wykazu osób, poprzez podanie dodatkowych inwestycji odpowiadających wymogom określonym w pkt 5.2.3 ppkt 1 lit. b IDW lub uzupełnienia wykazu osób o dodatkową osobę w celu wykazania spełnienia ww. warunku.

Zamawiający wskazał, że w pkt 6 IDW zawarty został wykaz oświadczeń i dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w pkt 14 IDW zawarto opis sposobu przygotowania oferty, w tym

wykaz dokumentów, które powinna zawierać oferta (pkt 14.3 IDW). Z treści pkt 21.7 IDW wynika, że zamawiający postanowił dokonać oceny zgodności treści ofert z treścią SIWZ na podstawie dokumentów złożonych w ofercie. Z treści SIWZ wynika, że PFU stanowi opis przedmiotu zamówienia, a zatem zamawiający nie był uprawniony do żądania uzupełnienia oferty o dokumenty wskazane w PFU.

Zamawiający uznał, że dane zawarte w wykazie osób odnośnie Specjalisty nr 3 i nr 4 były wystarczające do oceny, czy Konsorcjum INDRA SISTEMAS spełnia w tym zakresie warunki udziału w postępowaniu.

Zdaniem zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut zaniechania wyjaśnienia wątpliwości w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w zakresie inwestycji wskazanej w pozycji 2 wykazu robót złożonego przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS (pkt 5.5.2 i pkt 6.2 lit.a IDW).

Wątpliwości dotyczyły treści oświadczenia inwestora, iż nie potwierdza ono, że roboty zostały wykonane należycie. Pismem z dnia 20 lutego 2014 r. zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia i uzupełnienia treści wykazu. W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum INDRA SISTEMAS przedłożyło dodatkowe oświadczenie inwestora z dnia 21 lutego 2014 r. potwierdzające, że ww. zadanie zostało prawidłowo zakończone i należycie wykonane. Dodatkowo zamawiający zwrócił się bezpośrednio do inwestora – Urzędu Morskiego w Gdyni w celu wyjaśnienia wątpliwości. Pismem z dnia 10 marca 2014 r. Urząd potwierdził, że ww. zadanie zostało wykonane i zakończone należycie. Zamawiający podniósł jednocześnie, że zgodnie z SIWZ nie jest uprawniony do żądania w powyższym zakresie świadectwa przejęcia bądź świadectwa wykonania.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego nieprzedłożenia przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS dokumentu potwierdzającego ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, zamawiający wskazał, że zarówno w SIWZ, jak i w przepisach prawa dopuszczono możliwość wykazania tego warunku poprzez przedłożenie innych dokumentów, w tym certyfikatów ubezpieczeniowych, not pokrycia. Zamawiający stwierdził, że wykonawca przedłożył dokument wystawiony przez podmiot zagraniczny, poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Pismem z dnia 20 lutego 2014 r. zamawiający wezwał Konsorcjum INDRA SISTEMAS do wyjaśnienia wątpliwości dotyczących dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego ubezpieczenia OC i potwierdzenia opłacenia składek z tego tytułu.

KIO 655/14

Konsorcjum INDRA SISTEMAS wniosło odwołanie wobec:

- czynności badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum PRONAW,
- zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PRONAW, pomimo,

że jej treść nie odpowiada treści SIWZ,

- zaniechania wykluczenia Konsorcjum PRONAW z postępowania, pomimo że ww. Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wobec zaniechania uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRONAW, pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PRONAW, pomimo że ww. Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz zaniechanie uznania oferty złożonej przez ww. Konsorcjum za odrzuconą.

Z ostrożności odwołujący zarzucił także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PRONAW do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez Konsorcjum PRONAW;
- odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PRONAW z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
- wykluczenia Konsorcjum PRONAW oraz uznania ww. oferty za odrzuconą.

Z ostrożności odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum PRONAW do złożenia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania, a w razie ich nieskutecznego uzupełnienia - wykluczenia ww. Konsorcjum z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący wskazał, że jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu złożył ofertę, której treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jakkolwiek zamawiający wykluczył Konsorcjum PRONAW z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, to jednak w ocenie odwołującego, zamawiający zaniechał wykluczenia tego wykonawcy z innych względów wskazanych w odwołaniu oraz zaniechał odrzucenia tej oferty z powodów wskazanych w odwołaniu. Ponieważ Konsorcjum PRONAW może skorzystać ze środków ochrony prawnej wobec czynności wykluczenia go z postępowania, a wniesione odwołanie może zostać uwzględnione, czynności wykluczenia Konsorcjum PRONAW z postępowania z przyczyn wskazanych przez zamawiającego nie sposób uznać za ostateczną. Jednocześnie, zgodnie z zasadą koncentracji środków ochrony prawnej, możliwe zarzuty powinny być podnoszone po ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej.

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PRONAW, pomimo iż treść ww. oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Zamawiający wymagał w pkt 14 SIWZ {„Opis sposobu przygotowania oferty”), złożenia oferty sporządzonej na podstawie wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.(formularz oferty). W Załączniku nr 1 do SIWZ w pkt 10 zamawiający nakazał wykonawcom wskazać, czy zamierzają powierzyć podwykonawcom jakąkolwiek część zamówienia, a jeżeli tak, to wskazać tę część w zamieszczonej tam tabeli.

W ofercie Konsorcjum PRONAW określiło części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom w sposób nieprecyzyjny i niejasny, de facto uniemożliwiający ustalenie jaką konkretnie część zamówienia będą wykonywać podwykonawcy. Określenia użyte w ofercie są tak ogólne, że na ich podstawie nie sposób stwierdzić, czy daną część zamówienia ww. Konsorcjum będzie wykonywać samodzielnie, czy też powierzy ją podwykonawcom, a jeżeli tak to w jakim dokładnie zakresie. Informacji zawartych w ofercie Konsorcjum PRONAW nie sposób uznać za czyniące zadość wymaganiom zamawiającego. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie braki czy błędy co do określenia zakresu podwykonawstwa w ofercie stanowią niezgodność treści oferty z treścią SIWZ i nie mogą być sanowane w żaden przewidziany w ustawie sposób (wyrok z dnia 31 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 98/13).

W ocenie odwołującego, lakoniczność informacji co do zakresu podwykonawstwa przewidzianego przez Konsorcjum PRONAW jest celowym działaniem, które ma mu umożliwić swobodne powierzenie w zasadzie dowolnej części zamówienia podwykonawcom. Takiego postępowania, powodującego w rezultacie, że określenie zakresu podwykonawstwa nie następuje w ofercie, ale dopiero na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie sposób zaakceptować.

Z ostrożności odwołujący wskazał, że nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności treści oferty Konsorcjum PRONAW z treścią SIWZ w żaden przewidziany ustawą sposób, w szczególności poprzez wezwanie do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Ani formularz oferty, ani jego część zawierająca wskazanie części zamówienia, które będą powierzone podwykonawcy, nie jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu w tym trybie. Powyższe informacje niewątpliwie stanowią merytoryczną treść oferty, bowiem wskazują w jaki konkretnie sposób wykonawca planuje wykonać przedmiot zamówienia. Nie jest też możliwe zwrócenie się przez zamawiającego do Konsorcjum PRONAW o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie części zamówienia, której wykonanie konsorcjum powierzy podwykonawcom. Niedopuszczalne jest również poprawienie wskazanej niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

II Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 24 ust. 4

Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PRONAW, pomimo że ww. Konsorcjum nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie uznania tej oferty za odrzuconą.

1. Zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia (pkt 15 SIWZ):

„15.2. Warunki udziału w postępowaniu

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu: „(...) 2) posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie. W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dwóch lub więcej Wykonawców, oceniana będzie ich łączna wiedza i doświadczenie. W szczególności Wykonawca musi spełniać warunek w postaci wykonania z należytą starannością w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

- co najmniej jednej inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu systemu nadzoru i monitoringu (znaków nawigacyjnych), dostawy sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (pławy morskie, systemy pozycjonowania) o wartości co najmniej 4.000.000,00 PLN brutto (słownie: cztery miliony złotych 00/100 brutto),

- co najmniej jednej inwestycji polegającej na wykonaniu robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, których przedmiotem było: wykonanie dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy, dla których uzyskano pozwolenie na budowę) i pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie na podstawie tej dokumentacji robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budowli, o wartości co najmniej 500.000,00 PLN brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100 brutto), realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne - np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania).”

Na potwierdzenie spełniania powyższych warunków Konsorcjum PRONAW załączyło do oferty Wykaz wykonanych robót (str. 63-64 oferty). Z ww. wykazu nie wynika jednak spełnianie ww. warunku.

Odnosnie warunku opisanego powyżej pod lit. a) w złożonym wykazie Konsorcjum PRONAW opisało cztery roboty (zadania), przy czym roboty opisanej w pozycji nr 4 wykazu, ze względu na jej zakres (budowa głębokowodnego kolektora odprowadzającego ścieki z oczyszczalni „Dębogórze”) nie sposób brać pod uwagę, gdyż nie stanowi ona „inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu systemu nadzoru i monitoringu (znaków nawigacyjnych), dostawy sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (pławy morskie, systemy pozycjonowania)”. Co do robót wskazanych w poz. 1 i 2 wykazu odwołujący wskazał, że mają za małą wartość, tj. odpowiednio 272.000 zł brutto i 230.652 zł brutto, podczas gdy

zamawiający wymagał inwestycji o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto. Z kolei zadanie opisane w poz. 3 wykazu ma zbyt wąski zakres, obejmuje bowiem wyłącznie dostawę sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (tj. pław nawigacyjnych z osprzętem do kotwiczenia), a nie obejmuje zaprojektowania i wykonania systemu nadzoru i monitoringu (znaków nawigacyjnych). Z ostrożności odwołujący wskazał, że nie ma żadnych podstaw do „sumowania” wartości i zakresu zadań wskazanych w poz. od 1 do 3 wykazu, gdyż były one realizowane w różnych okresach i na podstawie różnych umów, co jasno wynika z dokumentów załączonych do wykazu. Zamawiający zastrzegł w SIWZ, że to jedna inwestycja, a nie kilka osobnych, ma polegać na zaprojektowaniu i wykonaniu systemu nadzoru i monitoringu (znaków nawigacyjnych), dostawie sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (pławy morskie, systemy pozycjonowania) o wartości co najmniej 4.000.000,00 PLN brutto. Bez wątplenia Konsorcjum PRONAW takiej inwestycji nie wskazało.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że powoływanie się na doświadczenie opisane w poz. 1 wykazu wynika z nabycia przez ProNaw Sp. z o.o. (członka konsorcjum) zorganizowanej części przedsiębiorstwa C&T ELMECH Sp. z o.o. Z dokumentów załączonych do oferty nie wynika jednak, czy umowa ta miała wymaganą przepisami formę, tj. formę pisemną z podpisami notarialnie poświadczonymi (art. 75¹ k.c.). W załączonej do oferty opinii radcy prawnego J..... M..... stwierdza się jedynie, że umowa ta została zawarta w przepisanej prawem formie, ale bez wskazania konkretnie jaka była to forma.

Odnosnie warunku opisanego powyżej pod lit. b) odwołujący wskazał, że w wykazie złożonym przez Konsorcjum PRONAW jedynie robota opisana w poz. 4 ma zakres odpowiadający temu warunkowi, natomiast w przypadku pozostałych robót ich przedmiot był zupełnie inny. Doświadczenie opisane w poz. 4 wykazu zostało udostępnione Konsorcjum PRONAW przez Hydrobudowa Gdańsk S.A., a zatem Konsorcjum PRONAW samodzielnie nie spełnia warunku opisanego powyżej pod lit. b).

W załączonym do oferty Konsorcjum PRONAW zobowiązaniu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów (str. 77-78 oferty) Hydrobudowa Gdańsk S.A. oświadczyła, że nie będzie brać udziału w realizacji zamówienia charakterze podwykonawcy, a forma jej uczestnictwa w realizacji zamówienia to: „w szczególności świadczenie usług doradztwa, konsultacji, analizy przygotowywanych dokumentów wynikających z postanowień kontraktu oraz, w miarę potrzeby, udziału w radach budowy”. Odwołujący stwierdził, że nie można uznać tego zobowiązania za dowód, że Konsorcjum PRONAW faktycznie będzie dysponowało wymaganym zasobem wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia.

Przedmiotem zamówienia są min. roboty budowlane w formule „zaprojektuj i wybuduj”, których przedmiotem będzie wykonanie dokumentacji projektowej (w tym projektu

budowlanego i wykonawczego oraz uzyskanie pozwolenie na budowę) i pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie na podstawie tej dokumentacji specjalistycznych robót budowlanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC. Dlatego też zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno być zobowiązaniem rzeczywistym, potwierdzającym udział firmy, która posiada odpowiednie doświadczenie w realizacji tego typu prac, na etapie wykonania zamówienia w charakterze podwykonawcy, a nie jedynie ograniczeniem się do bliżej nieokreślonego udziału w charakterze konsultanta oraz analizy przygotowywanych dokumentów, czy udziału w radach budowy. Tymczasem nie przewidziano w ofercie Konsorcjum PRONAW w tym zakresie jakiegokolwiek udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia. Hydrobudowa Gdańsk SA udostępniła zasób specyficzny, tj. wiedzę i doświadczenie, a ponadto udostępniona wiedza i doświadczenie dotyczyły zaprojektowanych i wykonanych przez Hydrobudowa Gdańsk S.A. robót budowlanych. W ocenie odwołującego, potwierdzonej orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie robót budowlanych wymaga udziału podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że dla udowodnienia realności udostępnienia zasobów nie jest wystarczające odwołanie się w treści zobowiązania do bliżej nieokreślonego doradztwa i konsultacji. Z zobowiązania winno wynikać, na czym konkretnie doradztwo i konsultacje będą polegać, tak aby chociaż potencjalnie zamawiający miał możliwość oceny, czy Konsorcjum PRONAW faktycznie będzie mogło skorzystać z udostępnionych zasobów. Zobowiązanie przedłożone w wyniku uzupełniania dokumentów również nie odwołuje się do takich okoliczności, na które wskazuje się w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jak choćby do zakresu i okresu udziału firmy Hydrobudowa Gdańsk S.A. przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, czy też charakteru stosunku, jaki będzie łączył te dwa podmioty w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Niezależnie od powyższego, odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca powołując się na zasoby udostępnione mu przez inne podmioty, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie nimi dysponował, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z powyższego przepisu wynika, że zobowiązanie musi mieć formę pisemną. Co za tym idzie, zobowiązania przedstawiane przez wykonawców w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy muszą być składane w oryginale, gdyż tylko w takim wypadku uznać można, że są to zobowiązania pisemne. Na powyższą okoliczność KIO konsekwentnie zwraca uwagę w swoim orzecznictwie. Odwołujący wskazał, że zobowiązanie Hydrobudowa Gdańsk S.A., zamieszczone na str. 77-78 oferty, nie zostało przedstawione w oryginale, ale w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Konsorcjum PRONAW. Zatem także z tego

względu nie sposób uznać, że stanowi ono wymagany przepisami dowód na dysponowanie wiedzą i doświadczeniem Hydrobudowa Gdańsk S.A.

Po drugie, zgodnie z § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. Nie budzi zatem wątpliwości, że kopie dokumentów dotyczących Hydrobudowa Gdańsk S.A. winny zostać poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez ten właśnie podmiot, a nie przez Konsorcjum PRONAW. Tymczasem załączone do Wykazu referencje dla Hydrobudowa Gdańsk S.A. (str. 73-76 oferty) zostały przedstawione w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Konsorcjum PRONAW, a nie przez Hydrobudowa Gdańsk SA. Powyższe powoduje, że nie sposób ich uznać za dowody, o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia.

W świetle opisanych powyżej okoliczności uznać należy, że Konsorcjum PRONAW powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze względu na niewykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający zawarł w SIWZ szczegółowe wymagania co do kwalifikacji i doświadczenia osób zdolnych do wykonania zamówienia (pkt 15, ppkt 15.2. 3). W ocenie odwołującego, z przedstawionego przez Konsorcjum PRONAW wykazu osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia (str. 91-97 oferty), nie wynika spełnianie ww. szczegółowych wymagań:

A. W przypadku Specjalisty nr 2 – Projektanta, zamawiający wskazał, że osoba ta musi posiadać: „b) uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń uprawniające do projektowania systemów teleinformatycznych lub równoważne wraz z zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego lub równoważne wraz z zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego. W załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia Konsorcjum PRONAW na ww. stanowisko wskazało Z..... W....., przy czym w wykazie brak jest informacji o jego przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego.

B. W przypadku Specjalisty nr 3 - Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, zamawiający wskazał, że osoba ta musi posiadać: a) ukończone studia wyższe inżynierskie w zakresie budownictwa, b) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami

konstrukcyjno-budowlanymi lub równoważne wraz z zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego, c) co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe jako kierownik budowy lub robót w tym przynajmniej 3-letnie w branży konstrukcyjno-budowlanej, jako kierownik budowy lub robót, d) udział w co najmniej 1 kontrakcie realizowanym wg Warunków Kontraktowych FIDIC lub równoważnych, np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABi-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania), na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót. ”

W załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia Konsorcjum PRONAW na ww. stanowisko wskazało p. M..... P....., przy czym w wykazie brak jest informacji, że osoba ta ukończyła studia wyższe inżynierskie w zakresie budownictwa, jak również brak jest informacji o jej przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego.

Ponadto z informacji podanych w wykazie osób nie wynika spełnianie przez ww. osobę wymagania opisanego pod lit. c) powyżej. Przy wszystkich inwestycjach wskazanych na liście inwestycji podano, że osoba wskazana na ww. stanowisko nie zajmowała ani stanowiska kierownika budowy, ani stanowiska kierownika robót, ale była jedynie zastępcą kierownika budowy albo zastępcą kierownika robót, podczas gdy zamawiający wymagał doświadczenia zawodowego jako kierownik budowy lub robót. Ponadto okresy realizacji inwestycji podane w wykazie nie dają w sumie 5 lat, bowiem z wykazu nie wynika, czy miesiące „skrajne” (tj. pierwszy i ostatni miesiąc realizacji danej inwestycji) były pełne, a po ich odrzuceniu wykazany okres doświadczenia jest krótszy niż wymagane minimum.

Dodatkowo, z numeru uprawnień budowlanych p. M..... P..... (decyzja nr 1197/Gd/83) wynika, że osoba ta otrzymała je w 1983 r., a zatem dopiero od 1983 r. można liczyć jej doświadczenie wymagane przez zamawiającego. Zamawiający wskazał bowiem w SIWZ, że: „przez doświadczenie zawodowe w przypadku osób mających pełnić funkcje specjalistów, z wyjątkiem Specjalisty nr 1 należy rozumieć okres od daty uzyskania uprawnień budowlanych wskazanych wprost przez Zamawiającego lub odpowiadających im uprawnień budowlanych do daty upływu terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu.” (pkt 15, ppkt 15.2. 3), Uwaga E). Tymczasem na liście inwestycji w poz. 1 wskazana została inwestycja realizowana od 04.1982 r., a zatem niewątpliwie przed uzyskaniem przez M..... P..... uprawnień budowlanych, więc również z tego względu nie można jej wliczać do okresu wymaganego doświadczenia.

Z informacji podanych w wykazie osób nie wynika spełnianie przez ww. osobę wymagania opisanego pod lit. d) powyżej. Mianowicie na liście inwestycji tylko w poz. 4 wskazano inwestycję zrealizowaną wg Warunków Kontraktowych FIDIC, a w tej inwestycji M..... P..... nie zajmował ani stanowiska kierownika budowy, ani stanowiska kierownika robót, był bowiem jedynie zastępcą kierownika budowy, podczas gdy

zamawiający wymagał doświadczenia na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót.

C) W przypadku Specjalisty nr 4 - Kierownika robót elektrycznych Zamawiający wskazał, że osoba ta musi posiadać: „a) ukończone studia wyższe inżynierskie, b) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie instalacji, sieci oraz urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wraz z zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego.

W załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia Konsorcjum PRONAW na ww. stanowisko wskazało S..... I....., przy czym w wykazie brak jest informacji, że osoba ta ukończyła studia wyższe inżynierskie, jak również brak jest informacji o jej przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego.

D) W przypadku Specjalisty nr 5 - Kierownika robót elektronicznych i informatycznych, zamawiający wskazał, że osoba ta musi posiadać: a) ukończone studia wyższe inżynierskie, b) uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami instalacyjnymi w zakresie budowy sieci teleinformatycznych lub równoważne wraz z zaświadczeniem o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego, c) co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży elektronicznej lub informatycznej jako kierownik budowy lub robót.”

W załączonym do oferty wykazie osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia Konsorcjum PRONAW na ww. stanowisko wskazało T..... S....., przy czym w wykazie brak jest informacji, że osoba ta ukończyła studia wyższe inżynierskie, jak również brak jest informacji o jej przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego.

Ponadto, z informacji podanych w wykazie osób nie wynika spełnianie przez ww. osobę wymagania opisanego pod lit. c) powyżej. Przede wszystkim okresy realizacji inwestycji wskazanych na liście inwestycji nie dają w sumie 5 lat, bowiem z wykazu nie wynika czy miesiące „skrajne” (tj. pierwszy i ostatni miesiąc realizacji danej inwestycji) były pełne, a po ich odrzuceniu wykazany okres doświadczenia jest krótszy niż wymagane minimum.

Ponadto, z numeru uprawnień budowlanych T..... S..... (decyzja nr POM/OOII/PWOT/12) wynika, że osoba ta otrzymała je w 2012 r., a zatem dopiero od 2012 r, można liczyć jej doświadczenie wymagane przez zamawiającego. (pkt 15, ppkt 15.2. 3), Uwaga E). Biorąc pod uwagę okres dzielący uzyskanie przez ww. osobę wymaganych uprawnień budowlanych (przyjmując nawet 1 stycznia 2012 r. jako datę ich uzyskania) od upływu terminu składania ofert (3 lutego 2014 r.) nie jest po prostu możliwe, aby osoba ta posiadała „co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w branży elektronicznej lub informatycznej jako kierownik budowy lub robót”.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że nie sposób przyjąć, iż Konsorcjum PRONAW wykazało dysponowanie osobami wskazanymi na stanowisko

Specjalisty nr 2 - Projektanta oraz Specjalisty nr 4 - Kierownika robót elektrycznych, tj. odpowiednio Z..... W..... i S..... I..... Ww. osoby zostały udostępnione Konsorcjum PRONAW przez podmiot trzeci, tj. ZEUS S.A.. W takim wypadku, jak to już wskazano powyżej, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, Konsorcjum PRONAW winno złożyć wraz z ofertą oryginał pisemnego zobowiązania ZEUS S.A. do udostępnienia zasobów. Tymczasem zobowiązanie zamieszczone na str. 99-100 oferty nie jest oryginałem, a jedynie kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem przez Konsorcjum PRONAW. Nie sposób uznać więc, że stanowi ono wymagany przepisami dowód na dysponowanie osobami udostępnionymi przez ZEUS S.A.

W świetle opisanych powyżej okoliczności, Konsorcjum PRONAW winno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp ze względu na niewykazanie spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

III Odnośnie podniesionego z ostrożności zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum PRONAW do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów, odwołujący podkreślił, że stawia powyższy zarzut jedynie z ostrożności i wyłącznie na wypadek, gdyby Izba uznała, że w istniejących okolicznościach faktycznych wezwanie Konsorcjum PRONAW do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów jest jednak dopuszczalne.

Jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez Konsorcjum PRONAW podlega odrzuceniu ze względu na niezgodność z treścią SIWZ, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny. Z tego względu nie jest zatem możliwe wezwanie ww. Konsorcjum do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający nie może wezwać wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Konsorcjum PRONAW zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie - po stronie zamawiającego i wniosło o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył w dniu 11 kwietnia 2014 r. odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność zarzutów i stanowiska odwołującego. Zamawiający podniósł, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania. W niniejszym postępowaniu skutkiem ewentualnego uwzględnienia odwołania pozostawałoby unieważnienie decyzji zamawiającego z dnia 21 marca 2014 r. w celu ponownego badania i oceny ofert. Na mocy tej decyzji oferta odwołującego została wybrana

jako najkorzystniejsza. Odwołanie zmierza zatem do uchylecia decyzji o wyborze oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, co nie pozostaje działaniem w celu uzyskania zamówienia. Jako przystępujący po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 649/14 odwołujący pozostaje w sprzeczności z tym stanowiskiem wnosząc o utrzymanie ww. decyzji zamawiającego z dnia 21 marca 2014 r. w mocy. Zamawiający wskazał również, że uwzględnienie odwołania pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, gdyż Konsorcjum PRONAW zostało wykluczone z postępowania a jego oferta – uznana za odrzuconą, co jest zgodne z żądaniami odwołującego.

Zamawiający uznał, że biorąc pod uwagę regulacje prawne oraz ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku niewniesienia wadium (co pozostaje równoznaczne z wniesieniem wadliwego wadium) brak jest możliwości jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 lub wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Niezależnie od treści oferty, oferta, która nie została zabezpieczona wadium, podlega odrzuceniu na mocy art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego oraz przystępującego: Konsorcjum INDRA SISTEMAS zgłoszonego w sprawie o sygn.. akt KIO 649/14 o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, z powodu nie przesłania zamawiającemu w ustawowym terminie wraz z kopią odwołania – kopii pisma Konsorcjum PRONAW do PKO BP S.A. z dnia 24 marca 2014 r. oraz kopii oświadczenia banku PKO BP S.A. z dnia 25 marca 2014 r. Izba stwierdziła, że treść ww. pism została dokładnie opisana w uzasadnieniu odwołania. Jednocześnie odwołujący zapowiedział w odwołaniu złożenie tych pism na rozprawie w postępowaniu dowodowym. Treść ww. pism została przedstawiona przez odwołującego na poparcie zarzutów oraz argumentacji przedstawionej w odwołaniu, zatem nie można uznać, że pisma te zawierają jakąś treść rozszerzającą zakres zarzutów zawartych w odwołaniu. Nie stanowią one zatem treści odwołania w rozumieniu art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp. Odwołanie, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu rozpoznawania odwołań, zawiera wszystkie elementy wymagane w tym przepisie, w tym, zgodnie z pkt 6 ww. przepisu – zarzuty, zgodnie z pkt 7 – żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz zgodnie z pkt 8 -

wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. Wobec powyższego należało uznać, że kopia treści odwołania w całości została przekazana zamawiającemu w wymaganym w ustawie terminie, natomiast nieprzekazanie w tym terminie kopii dwóch pism wskazanych w odwołaniu, przy powołaniu ich treści w uzasadnieniu odwołania, nie ma wpływu na możliwość zapoznania się z pełną treścią niniejszego odwołania przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, uczestnikowi konkursu, bądź innemu podmiotowi, który wykaże łączne spełnienie następujących przesłanek: (1) posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, (2) poniósł lub może ponieść szkodę, (3) poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje podmiotowi, który wykaże, że posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz jednocześnie poniósł lub może ponieść szkodę, a poniesiona lub ewentualna szkoda jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Jak wynika z brzmienia analizowanego przepisu, interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi „danego” zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podmiot, wnoszący odwołanie, nie może powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego przewidywanego w przyszłości zamówienia.

Art. 179 ust. 1 Pzp wymaga, aby łącznie z interesem w uzyskaniu danego zamówienia odwołujący wykazał, że poniósł lub może ponieść szkodę. Szkoda może być rozumiana zarówno jako strata (szkoda majątkowa) albo krzywda (szkoda niemajątkowa). Zauważyć należy, iż utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny, a zatem szkoda zasadniczo przyjmuje charakter szkody majątkowej. Ponadto, szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oznacza to, że wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący musi zatem wykazać, że zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem, w okolicznościach danej sprawy, jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, iż odwołujący - Konsorcjum INDRA SISTEMAS - wykazał spełnienie przesłanek, określonych w art. 179 ust. 1 Pzp uprawniających do wniesienia odwołania w pełnym zakresie wskazanym w odwołaniu. Każda z okoliczności stanowiących podstawę do wykluczenia Konsorcjum PRONAW

z postępowania lub odrzucenia oferty tego wykonawcy uzasadnia możliwość poniesienia szkody przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS w związku z naruszeniem przez zamawiającego w tym zakresie przepisów ustawy Pzp, poprzez utratę przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Natomiast, Konsorcjum PRONAW nie wykazało przesłanki dotyczącej możliwości poniesienia szkody, która byłaby wynikiem zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Konsorcjum INDRA SISTEMAS z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy. Jak wskazywały zgodnie strony tego postępowania, Konsorcjum PRONAW złożyło ofertę z ceną niższą od oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS, zatem pozycja oferty złożonej przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS w przedmiotowym postępowaniu oraz sposób oceny tej oferty przez zamawiającego nie ma żadnego wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego (Konsorcjum PRONAW). Niezależnie od tego, czy potwierdzi się zarzut dotyczący bezprawnego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czy odwołujący zostanie przywrócony do postępowania, naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp w zakresie oceny oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie ma bezpośredniego wpływu (normalnego związku przyczynowo - skutkowego) na możliwość poniesienia szkody przez odwołującego w niniejszym postępowaniu.

Wobec powyższego uznano, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia odwołania w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 4 do 9 odwołania. Odwołujący podał w odwołaniu, że czynności zamawiającego objęte zarzutami odwołania narażają odwołującego na szkodę albowiem skutkują utratą przez odwołującego realnej możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego. Twierdzenia te nie znajdują jednak oparcia w okolicznościach niniejszego postępowania. Oferta odwołującego została wyceniona na kwotę niższą niż cena zaoferowana przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS. W przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania, oferta Konsorcjum INDRA SISTEMAS zostałaby sklasyfikowana na drugim miejscu tj. za odwołującym. Zatem bez względu na zarzuty dotyczące oferty INDRA SISTEMAS odwołujący miałby potencjalną szansę na uzyskanie zamówienia. W przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania, odwołujący pozostałby wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą, niezależnie od sytuacji Konsorcjum INDRA SISTEMAS w tym postępowaniu. W obydwu zatem wariantach rozstrzygnięć odwołania co do zarzutu wykluczenia odwołującego, rozstrzygnięcie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS nie naraża odwołującego na możliwość poniesienia szkody.

Reasumując powyższe, ponieważ odwołujący Konsorcjum PRONAW nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek, wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp w zakresie zarzutów dotyczących oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS, wybranej jako najkorzystniejsza, Izba nie

rozpoznawała ww. zarzutów, uznając, że odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu z uwagi na brak wypełnienia się przesłanki materialno-prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 649/14 oraz w sprawie o sygn. akt KIO 655/14 po stronie zamawiającego, zgłoszone odpowiednio przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS i Konsorcjum PRONAW, stosownie do brzmienia art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba rozpoznała odwołania w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniach, stosownie do brzmienia art. 192 ust. 7 Pzp, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych powyżej w zakresie legitymacji odwołujących do wniesienia odwołania.

W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały złożone dwie oferty. Jedyne kryterium oceny ofert ustalone przez zamawiającego w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu - stanowi cena oraz według tego kryterium oferta złożona przez odwołującego Konsorcjum PRONAW podlegałaby uznaniu za korzystniejszą od oferty złożonej przez Konsorcjum INDRA SISTEMAS.

Przedmiotem niniejszego zamówienia są roboty budowlane z projektowaniem w celu realizacji inwestycji pod nazwą: „Modernizacja infrastruktury zapewniającej dostęp do portów w Świnoujściu i Szczecinie - oznakowanie nawigacyjne”. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia wskazany został w części III SIWZ. Stanowi go w szczególności Program Funkcjonalno - Użytkowy oraz dokumentacja udostępniona przez zamawiającego wykonawcom na stronie internetowej.

KIO 649/14

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez brak wskazania w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Uzasadnienie faktyczne musi wskazywać okoliczności, które stanowią podstawę wykluczenia wykonawcy, w sposób zrozumiały, jednoznaczny, umożliwiając ewentualne wniesienie przez wykonawcę środków ochrony prawnej. Brak jasnego uzasadnienia decyzji

o wykluczeniu może bowiem skutkować ograniczeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ograniczeniem ustawowego prawa wykonawcy do zaskarżenia w trybie odwołania decyzji zamawiającego naruszającej przepisy ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, uznając, że Konsorcjum PRONAW nie wniosło wadium do upływu terminu składania ofert, poprzez złożenie gwarancji bankowych niespełniających wymagań SIWZ oraz przepisów ustawy Pzp. W tej części można uznać, że wyjaśnienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego zostały podane w zawiadomieniu z dnia 21 marca 2014 r. w sposób adekwatny do brzmienia ww. przepisu. Zamawiający wyjaśnił w uzasadnieniu faktycznym, że odwołujący przedłożył cztery bankowe gwarancje przetargowe (wadialne) udzielone przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski S.A. w dniu 31 stycznia 2014 r. i obowiązujące do dnia 21 kwietnia 2014 r., opiewające na kwotę po 200.000 zł każda, z czego dwie gwarancje zostały wystawione na zlecenie Pronaw Sp. z o.o., zaś pozostałe dwie - na zlecenie każdego z pozostałych członków Konsorcjum, tj. Ekosys Sp. z o.o. i Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o. Zamawiający stwierdził, iż w treści każdej gwarancji wadialnej prawidłowo wskazano zamawiającego, jako ich beneficjenta, a także, iż są to gwarancje bezwarunkowe i nieodwołalne. Zamawiający wskazał jednak w dalszej części uzasadnienia, że „Wątpliwości budzi określenie podmiotu – Wykonawcy, od zachowania którego uzależniona pozostaje wypłata wadium na rzecz Zamawiającego. W każdej z czterech gwarancji jako „Wykonawcę” wskazano wyłącznie podmiot, który uzyskał przedmiotową gwarancję. W treści przedłożonych bankowych gwarancji nigdzie nie wskazano, ani nawet pośrednio z treści gwarancji nie wynika, iż podmiot zlecający wystawienie gwarancji będzie składał ofertę wspólnie z innymi podmiotami”.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego, że „wątpliwości” zamawiającego, wskazane jak wyżej, w zawiadomieniu o wykluczeniu, nie stanowią wystarczającej przesłanki do uznania, że gwarancje wadialne są nieprawidłowe. W tym zakresie zamawiający powinien przedstawić jednoznaczną ocenę prawną przedstawionych przez odwołującego gwarancji bankowych, z podaniem pełnego uzasadnienia, dlaczego przedmiotowe gwarancje zostały uznane za nieprawidłowe. Wszelkie wątpliwości zamawiający zobowiązany jest rozstrzygnąć do momentu podjęcia stosownej decyzji.

O ile w powyższym zakresie należy uznać uzasadnienie decyzji o wykluczeniu za niewyczerpujące lecz umożliwiające wniesienie odwołania, to w pozostałym zakresie treść pisma zamawiającego wprowadza wykonawcę w błąd, co do okoliczności faktycznych stanowiących podstawę wykluczenia. Zamawiający podał w zawiadomieniu, że „Wykonawca nie odpowiedział na wniosek Zamawiającego o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.” Jak

przyznał sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, okoliczności powyższe nie miały w ogóle miejsca. Przed wyborem oferty najkorzystniejszej zamawiający nie występował do odwołującego z wnioskiem o wyrażenie takiej zgody. Jak wynika z dokumentacji postępowania, dopiero pismem z dnia 27 marca 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 85 ust 2 Pzp o wyrażenie zgody na przedłużenie o 60 dni terminu związania ofertą. Jak wyjaśnił zamawiający, okoliczności powyższe zostały wskazane dla wyjaśnienia brzmienia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, jednak w ocenie Izby, zostały one podane w sposób, który mógł wprowadzić w błąd wykonawcę co do podstawy wykluczenia, o czym świadczy wyraźnie treść zarzutu podniesionego w odwołaniu w omawianym zakresie.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24 ust. 4 w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 3 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania z uwagi na nie wniesieniu wadium do upływu terminu składania ofert oraz uznanie oferty odwołującego za odrzuconą.

Zamawiający wymagał wniesienia do upływu terminu składania ofert wadium w wysokości 800 000,00zł (pkt 9.1 IDW). W pkt 9.3 IDW zamawiający zawarł postanowienia dotyczące wadium wnoszonego w formie gwarancji. Zamawiający wskazał, że „gwarancja powinna zostać sporządzona zgodnie z obowiązującymi przepisami, być bezwarunkowa i nieodwołalna oraz zawierać następujące elementy:

1. Nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielającej gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,
2. Określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją,
3. Kwotę gwarancji,
4. Termin ważności gwarancji,
5. Nieodwołalne zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego, które zawierać będzie oświadczenie, że:
 - a) Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nie leżących po jego stronie, lub
 - b) Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana, odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, lub
 - c) Wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub
 - d) Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.”

Z powyższej treści SIWZ nie wynika, aby zamawiający sformułował szczególne wymagania co do wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Użyty w tych postanowieniach termin „wykonawca”, został przywołany zgodnie z brzmieniem zawartym w odpowiednich przepisach ustawy Pzp. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 Pzp, przez wykonawcę rozumienie się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Stosownie natomiast do art. 23 ust. 3 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp, przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie można zgodzić się z zamawiającym, że pojęcie „wykonawca” użyte w postanowieniach SIWZ, w przypadku wykonawców wspólnie składających ofertę należy odnosić wyłącznie do konsorcjum jako całości organizacyjnej. W takim przypadku należałoby uznać, że zgodnie z ww. postanowieniem SIWZ, również podmiotem (wykonawcą) zlecającym wystawienie gwarancji może być tylko konsorcjum jako całość organizacyjna, a zatem, że gwarancja może być wystawiona wyłącznie na zlecenie jednocześnie wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Powyższe nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp ani w przytoczonych przez zamawiającego wprost za brzmieniem przepisów ustawy Pzp, przesłankach wskazujących okoliczności, w których zamawiający jest uprawniony do zatrzymania wadium. Izba nie zgodziła się z twierdzeniem zamawiającego, że w SIWZ został zawarty wymóg wskazania w gwarancji konsorcjum, jako podmiotu, od którego zachowania uzależnione jest uprawnienie zamawiającego do zatrzymania wadium.

Dodatkowo należy zauważyć, że w przypadku, gdy którykolwiek z wykonawców (członków konsorcjum) spowoduje okoliczności uzasadniające przepadek wadium, wymienione w art. 46 Pzp, to skutki tego działania rozciągają się na wszystkich członków konsorcjum. Nie ulega wątpliwości, że zgodnie z art. 141 Pzp, który stanowi, że wykonawcy o których mowa w art. 23 ust. 1 Pzp ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Przepis ten nie wyłącza jednak odpowiedzialności solidarnej na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie za skutki powstania okoliczności, w których zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum. Zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jest wykonawca, którego ofertę wybrano, a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – ci wykonawcy. Są oni solidarnie odpowiedzialni za to zobowiązanie na podstawie art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. i art. 14 Pzp. Złożenie oferty wspólnie przez wykonawców jest

zaciągnięciem zobowiązania w rozumieniu art. 370 k.c., co powoduje powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Członkowie Konsorcjum PRONAW złożyli cztery gwarancje bankowe, każda na kwotę 200 000,00 zł. Dwie gwarancje zostały wystawione na Spółkę Pronaw Sp. z o.o., a pozostałe dwie na Ekosys Sp. z o.o. oraz Nadmorskie Elektrownie Wiatrowe Darżyno Sp. z o.o. Każda z czterech spornych gwarancji wadialnych złożonych przez odwołującego zawiera wymagane w SIWZ informacje, jest nieodwołalna i bezwarunkowa, płatna na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego. Każda z ww. gwarancji wyraźnie wskazuje nazwę i adres zamawiającego, wykonawcy, na zlecenie którego została wystawiona, termin obowiązywania, nazwę i numer przedmiotowego postępowania oraz warunki, odpowiadające wymaganiom ustawy Pzp i SIWZ, po których ziszczeniu się zamawiający uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta, zgodnie z ich brzmieniem podanym w SIWZ przez zamawiającego. W treści każdej z gwarancji zawarta jest wzmianka, iż wysokość wadium w postępowaniu wynosi 800.000,00 zł, przy czym każda z gwarancji wystawiona została na kwotę 200.000,00 zł. W tych okolicznościach, biorąc pod uwagę, że wszystkie gwarancje wystawione zostały przez ten sam Bank, w związku z tym samym przetargiem, a suma wartości wszystkich gwarancji składa się na kwotę ustalonego w postępowaniu wadium - to należy uznać, że przyczyny zapłaty wadium będą zachodziły w przypadku ich spowodowania przez któregokolwiek z tych wykonawców (członków konsorcjum). Powyższe okoliczności zostały potwierdzone przez Bank w piśmie z dnia 25 marca 2014 r., w którym Bank stwierdził, że w odniesieniu do każdej z wystawionych gwarancji wadialnych przyjął na siebie określoną w ich treści odpowiedzialność za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie określonych zobowiązań przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i składających wspólną ofertę oraz że odpowiedzialność Banku z tytułu gwarancji wadialnych, udzielonych na zlecenie poszczególnych wykonawców, w związku z przedmiotowym przetargiem określona jest łączną kwotą 800.000 zł, która zostanie wypłacona przez Bank zamawiającemu w razie zaistnienia warunków określonych w treści gwarancji, niezależnie od tego, którego, spośród trzech odwołujących, działania lub zaniechania spowodują powstanie po stronie zamawiającego uprawnienie do żądania wypłaty. Fakt, iż domagając się wypłaty łącznie 800.000 zł zamawiający powinien złożyć cztery osobne żądania zapłaty, nie stanowi o niezgodności gwarancji z przepisami ustawy ani z postanowieniami SIWZ.

Izba w pełni podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że nie ma znaczenia dla ważności wadium okoliczność, że w dokumencie wadialnym, w tym wypadku w gwarancji bankowej wymieniony jest tylko jeden z wykonawców wspólnie ubiegających o zamówienie (podobnie wyrok KIO z 29 września 2011 r. o sygn. akt KIO 2029/11, orzeczenie wydane

przez Sąd Okręgowy w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. sygn. sygn. akt II Ca 489/06). Solidarna odpowiedzialność wykonawców składających wspólną ofertę odnosi się także do obowiązku podpisania umowy oraz pokrycia szkody (utruty wadium) w przypadku jej niepodpisania z przyczyn dotyczących uczestnika oferty wspólnej, który nie był podmiotem wnoszącym wadium. W świetle powyższego Izba uznała, że przedstawione przez Konsorcjum PRONAW gwarancje wadialne zostały wystawione prawidłowo. Umożliwiają zamawiającemu zaspokojenie roszczenia, poprzez żądanie od banku wypłaty całej kwoty ustalonego w przetargu wadium.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia w wyżej przedstawionym zakresie przepisu art. 7 ust. 1 i 3, poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do nieuzasadnionego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji wyboru oferty Konsorcjum INDRA SISTEMAS, jako najkorzystniejszej. W powyższym zakresie zamawiający został zobowiązany do powtórzenia czynności oceny ofert, z uwzględnieniem okoliczności wynikających z uzasadnienia zawartego w dalszej części niniejszego wyroku.

Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, alternatywnie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, art. 7 ust. 1 Pzp, zawarte w odwołaniu wniesionym przez Konsorcjum PRONAW zostały oddalone bez ich rozpoznania merytorycznego, z uwagi na brak wykazania przez odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania w tym zakresie, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, jak wskazano powyżej - na wstępie niniejszego uzasadnienia.

KIO 655/14

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum PRONAW, pomimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ w odniesieniu do sposobu wskazania w ofercie Konsorcjum PRONAW części zamówienia, których wykonanie Konsorcjum PRONAW zamierza powierzyć podwykonawcom.

W pkt 14 SIWZ Opis sposobu przygotowania oferty zamawiający wymagał sporządzenia oferty na formularzu oferty, wg. wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ. W pkt 10 ww. Załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał złożenia przez wykonawcę oświadczenia, czy zamierza powierzyć podwykonawcom jakąkolwiek część zamówienia, a jeżeli tak, to należało wskazać tę część zamówienia w zamieszczonej w tym formularzu tabeli.

Konsorcjum PRONAW w złożonej ofercie określiło części zamówienia, których

wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, podając w kolejnych pozycjach „część robót budowlanych” – „roboty budowlane”, „część robót montażowych” – „prace montażowe”, „część prac informatycznych” – „programowanie i sprzęt informatyczny” oraz „pozostałe wg zobowiązań wynikających z oferty” – „pozostałe”.

Powyższy opis części zamówienia, których wykonanie Konsorcjum PRONAW zamierza powierzyć podwykonawcom, można uznać za ogólny i nieprecyzyjny, zgodnie z twierdzeniem odwołującego, a także za uniemożliwiający ustalenie, w jakim dokładnie zakresie poszczególne prace zostaną powierzone podwykonawcom. Zauważyć jednak należy, że treść oferty, w kontekście jej zgodności z wymaganiami SIWZ, należy oceniać w odniesieniu do konkretnych wymagań zamawiającego, opisanych w specyfikacji. Jak wynika z treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie podał żadnych wskazówek, w jaki sposób oraz z jaką szczegółowością wykonawcy mają określić części zamówienia, których wykonanie zamierzają powierzyć podwykonawcom. Zamawiający nie zawarł w SIWZ żadnego opisu do tabeli, którą należało wypełnić, nie wyjaśnił też, jak rozumieć pojęcia użyte w tabeli, tj. „część zamówienia” oraz „rodzaj usługi”. Sposobu wskazania powyższych informacji w ofercie nie precyzuje także ustawa Pzp. Zatem należy uznać, że zamawiający pozostawił w tym zakresie swobodę wykonawcom. Sposób określenia części zamówienia oraz rodzajów usług przedstawiony przez Konsorcjum PRONAW w ofercie, należy wobec powyższego uznać za prawidłowy w świetle warunków SIWZ, jako skutek nieprecyzyjnych wymagań zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zauważyć też należy, że zamawiający nie zastrzegł w SIWZ części zamówienia, których nie można powierzyć podwykonawcom.

Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów lub nieprecyzyjnych zapisów zawartych w SIWZ. Taki pogląd wyrażany jest wielokrotnie w orzecznictwie KIO oraz sądów okręgowych. Również w niniejszej sprawie pogląd ten jest w pełni aktualny.

Na marginesie zauważyć należy, że treść oferty w tym zakresie nie może podlegać uzupełnieniu. Zamawiający może jednak zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. W ocenie Izby wyjaśnieniu powinny podlegać okoliczności wskazane w pozycji nr 4 ww. tabeli, w kontekście treści oferty, dotyczącej „zobowiązań zawartych w ofercie”, w szczególności zobowiązań podmiotu trzeciego co do sposobu i zakresu udostępnienia na rzecz Konsorcjum PRONAW własnych zasobów przez Hydrobudowa Gdańsk S.A. w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zaznaczyć jednak należy, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie mogą prowadzić do istotnej zmiany treści oferty i negocjacji z zamawiającym.

Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący niewykazania przez Konsorcjum PRONAW

spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PRONAW oraz uznania tej oferty za odrzuconą należy uznać jednak za przedwczesny, z powodu nie wyczerpania przez zamawiającego procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, umożliwiającej ww. wykonawcy uzupełnienie oświadczeń i dokumentów wymaganych przez zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pkt 15. 2 SIWZ zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia wykonawcy, o treści:

„Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełniać niżej wymienione warunki udziału w postępowaniu: „(...) 2) posiadać niezbędną wiedzę i doświadczenie. W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dwóch lub więcej Wykonawców, oceniana będzie ich łączna wiedza i doświadczenie. W szczególności Wykonawca musi spełniać warunek w postaci wykonania z należytą starannością w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

a) co najmniej jednej inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu systemu nadzoru i monitoringu (znaków nawigacyjnych), dostawy sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (pławy morskie , systemy pozycjonowania) o wartości co najmniej 4.000.000,00 PLN brutto (słownie: cztery miliony złotych 00/100 brutto),

b) co najmniej jednej inwestycji polegającej na wykonaniu robót budowlanych w formule „zaprojektuj i wybuduj”, których przedmiotem było: wykonanie dokumentacji projektowej (projekt budowlany i wykonawczy, dla których uzyskano pozwolenie na budowę) i pełnienie nadzoru autorskiego oraz wykonanie na podstawie tej dokumentacji robót budowlanych polegających na budowie lub przebudowie budowli, o wartości co najmniej 500.000,00 PLN brutto (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100 brutto), realizowanych w oparciu o Warunki Kontraktowe FIDIC lub równoważne - np. UAV, UAV-GC (Holandia), FABI-KW (Belgia), VOB (Niemcy), JCT lub GMB (Wielka Brytania).”

W celu wykazania spełnienia ww. warunków Konsorcjum PRONAW załączyło do oferty Wykaz wykonanych robót (str. 63-64 oferty). W odniesieniu do warunku opisanego pod lit. a) Konsorcjum PRONAW w złożonym wykazie opisało cztery roboty (zadania).

W poz. 1 i 2 wykazu odwołujący wskazał roboty o mniejszej wartości niż wymagana w SIWZ, tj. odpowiednio 272.000 zł brutto i 230.652 zł brutto, podczas gdy zamawiający wymagał wykonania inwestycji o wartości co najmniej 4.000.000,00 zł brutto.

W poz. 3 wykazu wskazano zadanie, które obejmuje wyłącznie dostawę sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (tj. pław nawigacyjnych z osprzętem do kotwiczenia), a nie obejmuje zaprojektowania i wykonania systemu nadzoru i monitoringu (znaków

nawigacyjnych), zatem nie odpowiada zakresem robót w stosunku do treści warunku.

W pozycji 4 wykazu wskazano roboty, których zakres tj. budowa głębokowodnego kolektora odprowadzającego ścieki z oczyszczalni „Dębogórze” nie odpowiada zakresem treści ww. warunku - nie stanowi ona „inwestycji polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu systemu nadzoru i monitoringu (znaków nawigacyjnych), dostawy sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (pławy morskie, systemy pozycjonowania)”.

W świetle opisu omawianego warunku udziału w postępowaniu, nie ma możliwości sumowania wartości lub zakresu odrębnych zadań wykonanych przez wykonawcę na podstawie odrębnych umów, a zatem nie mogą podlegać sumowaniu wartości i zakresy zadań wskazanych w pozycjach 1 - 3 wykazu. Odrębność tych zadań wynika jednoznacznie z treści wykazu. Ponadto, treść warunku stanowi jednoznacznie, że wymagane jest wykonanie jednej inwestycji, polegającej na zaprojektowaniu i wykonaniu systemu nadzoru i monitoringu (znaków nawigacyjnych), dostawie sprzętu do oznakowania nawigacyjnego (pławy morskie, systemy pozycjonowania) o określonej wartości, tj. co najmniej 4.000.000,00 PLN brutto. W treści wykazu Konsorcjum PRONAW nie wykazało inwestycji spełniającej powyższe wymagania.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku wykazania przez Konsorcjum PRONAW, że umowa nabycia przez ProNaw Sp. z o.o. (członka konsorcjum) zorganizowanej części przedsiębiorstwa C&T ELMECH Sp. z o.o. miała wymaganą przepisami formę, tj. formę pisemną z podpisami notarialnie poświadczonymi, Izba uznała zarzut ten za niezasadny. Wykonawca nie miał obowiązku załączenia do oferty dowodów na potwierdzenie powyższych okoliczności – żaden przepis ustawy ani postanowienie SIWZ nie nakłada na wykonawcę takiego obowiązku, natomiast odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że zarzut ten nie jest gołosłowny. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na odwołującym.

Oдноśnie warunku opisanego pod lit. b), Konsorcjum PRONAW w złożonym wykazie wskazało w pozycji 4 zadanie, którego zakres odpowiada treści warunku. Powyższe doświadczenie zostało udostępnione na rzecz Konsorcjum PRONAW przez inny podmiot, tj. Hydrobudowa Gdańsk S.A. Konsorcjum PRONAW załączyło do oferty zobowiązanie ww. firmy do oddania niezbędnych zasobów (str. 77-78 oferty) do dyspozycji Konsorcjum PRONAW. W zobowiązaniu tym zostało zawarte oświadczenie ww. podmiotu, że udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia nastąpi w formie: „w szczególności świadczenie usług doradztwa, konsultacji, analizy przygotowywanych dokumentów wynikających z postanowień kontraktu oraz, w miarę potrzeby, udziału w radach budowy”. Zobowiązanie to nie zawiera oświadczenie, że podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, jak twierdził odwołujący. Niezależnie od powyższego, powyższe oświadczenie, w ocenie Izby, nie może być uznane za

potwierdzające rzeczywiste udostępnienie na rzecz Konsorcjum PRONAW wymaganych niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów powinno potwierdzać jednoznacznie udział firmy, która posiada odpowiednie doświadczenie w realizacji prac, objętych przedmiotem zamówienia. Takiego wymiernego i jednoznacznego potwierdzenia brak jest w ww. zobowiązaniu, ponieważ złożone zobowiązanie jest zbyt ogólne, aby uznać, że Konsorcjum PRONAW w sposób rzeczywisty będzie dysponowało doświadczeniem firmy Hydrobudowa Gdańsk S.A. przy realizacji zamówienia. Obiektywna ocena w tym zakresie na podstawie złożonego zobowiązania nie jest możliwa. W powyższym zakresie zobowiązanie powinno podlegać uzupełnieniu w ramach powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca powołując się na zasoby udostępnione mu przez inne podmioty, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie nimi dysponował, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Z powyższego przepisu wynika, że zobowiązanie musi mieć formę pisemną, podczas gdy zobowiązanie Hydrobudowa Gdańsk S.A. (str. 77-78 oferty) zostało złożone w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Konsorcjum PRONAW. W związku z powyższym dokument ten nie spełnia wymogu udowodnienia przez Konsorcjum PRONAW faktu dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu Hydrobudowa Gdańsk S.A. na czas realizacji zamówienia.

Stosownie do brzmienia § 7 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 231) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty. W związku z powyższym, kopie dokumentów dotyczących Hydrobudowa Gdańsk S.A. winny zostać poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez ten podmiot, podczas gdy załączone do Wykazu referencje wystawione dla Hydrobudowa Gdańsk S.A. (str. 73-76 oferty) zostały przedstawione w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Konsorcjum PRONAW. W powyższym zakresie dokument ten podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

W pkt 15.2.3 SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący osób, wymaganych do realizacji zamówienia, co do ich kwalifikacji i doświadczenia. W odniesieniu do poszczególnych zarzutów przedstawionych w odwołaniu w powyższym

zakresie, dotyczących kwalifikacji i doświadczenia osób wskazanych przez Konsorcjum PRONAW na stanowisko Specjalisty nr 2 – Projektanta, Specjalisty nr 3 - Kierownika robót konstrukcyjno-budowlanych, Specjalisty nr 4 - Kierownika robót elektrycznych oraz Specjalisty nr 5 - Kierownika robót elektronicznych i informatycznych, Konsorcjum PRONAW w piśmie procesowym z dnia 14 kwietnia 2014 r. przyznało zasadność zarzutów, wskazując jedynie na brak wymogu w SIWZ co do złożenia w ofercie zaświadczenia z właściwej izby samorządu zawodowego. Izba podzieliła to stanowisko, gdyż w treści SIWZ brak jest takiego wymogu. Powyższe nie było również kwestionowane przez odwołującego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę, że Konsorcjum PRONAW nie było wzywane do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunków, należało uznać, że przystępujący w tym zakresie ma możliwość uzupełnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Uzupełnieniu w powyższym trybie podlega również oryginał pisemnego zobowiązania ZEUS S.A. do udostępnienia zasobów w postaci dysponowania osobami wskazanymi na stanowisko Specjalisty nr 2 - Projektanta oraz Specjalisty nr 4 - Kierownika robót elektrycznych, tj. odpowiednio p. Z..... W..... i p. S..... I..... Zobowiązanie złożone wraz z ofertą (str. 99-100 oferty) zostało złożone w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Konsorcjum PRONAW, a tym samym nie stanowi wymaganego przepisami dowodu potwierdzającego dysponowanie osobami udostępnionymi przez firmę ZEUS S.A. stosownie do art. 26 ust. 2 b Pzp.

Izba nie nakazała zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum PRONAW z postępowania oraz uznania ww. oferty za odrzuconą w związku z brakiem wykazania przez tego wykonawcę na tym etapie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wobec faktu, że zamawiający nie wzywał Konsorcjum PRONAW do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca posiada nadal szansę wykazania spełniania warunków udziału, co może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Dopiero w razie nieskutecznego uzupełnienia w wyznaczonym terminie oświadczeń i dokumentów zamawiający będzie zobowiązany do wykluczenia Konsorcjum PRONAW z postępowania. Izba uwzględniła w związku z powyższym zarzut podniesiony przez odwołującego z ostrożności - naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum PRONAW do uzupełnienia wskazanych w uzasadnieniu odwołania oświadczeń i dokumentów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba uwzględniła oba odwołania, orzekając, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp. Izba wydała łączne orzeczenie na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 8, 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust 2 pkt 1 i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....