

WYROK

z dnia 10 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie **9 maja 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **23 kwietnia 2018 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Utworzenie Centrum Zdrowia Matki i Dziecka w Szpitalu Uniwersyteckim im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego – Lubuskie 2020, Oś priorytetowa 9 „Infrastruktura społeczna”, Działanie 9.1 „Infrastruktura zdrowotna i usług społecznych”, Poddziałanie 9.1.1 „Infrastruktura zdrowotna i usług społecznych – projekty realizowane poza formułą ZIT”, umowa o dofinansowanie nr RPLB.09.01.01-08-0004/16-OO (nr postępowania TZ.372.15.2018)*

prowadzonym przez zamawiającego: **Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze**

przy udziale wykonawcy: **MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie**
i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **odwołującego ERBUDU S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **zamawiającego Szpitalu Uniwersyteckiego im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze** kwotę **3600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zielonej Górze..**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Szpital Uniwersytecki im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. z siedzibą w Zielonej Górze prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Utworzenie Centrum Zdrowia Matki i Dziecka w Szpitalu Uniwersyteckim im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze sp. z o.o. realizowane w systemie zaprojektuj i wybuduj współfinansowanego ze środków ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego – Lubuskie 2020, Oś priorytetowa 9 „Infrastruktura społeczna”, Działanie 9.1 „Infrastruktura zdrowotna i usług społecznych”, Poddziałanie 9.1.1 „Infrastruktura zdrowotna i usług społecznych – projekty realizowane poza formułą ZIT”, umowa o dofinansowanie nr RPLB.09.01.01-08-0004/16-OO (nr postępowania TZ.372.15.2018).*

Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 lutego 2018 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S_22 pod poz. 045408

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

12 kwietnia 2018 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną wykonawców o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach {dalej w uzasadnieniu: „Mostostal Zabrze”}.

23 kwietnia 2018 r. Odwołujący ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Erbud”} wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania wykluczenia Mostostalu Zabrze i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez nierówne traktowanie wykonawców i zaniechanie odrzucenia oferty Mostostalu Zabrze, pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.
2. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Mostostalu Zabrze, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

3. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Mostostalu Zabrze, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej odnośnie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.
4. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Mostostalu Zabrze, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, a w konsekwencji również naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 – przez zaniechanie wykluczenia Mostostalu Zabrze, pomimo że Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania, oraz pomimo że Wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.
5. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 – przez zaniechanie wykluczenia Mostostalu Zabrze, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.
6. Art. 26 ust. 3 – przez zaniechanie wezwania Mostostalu Zabrze do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających fakt spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
7. Art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z naruszeniem art. 91 ust. 1 – przez dokonanie wyboru oferty Mostostalu Zabrze jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu {lista żądań}:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Dokonania ponownego badania oferty złożonej przez Mostostal Zabrze.
3. Dokonania odrzucenia oferty Mostostal Zabrze oraz wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania.
4. Wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 pzp , a następnie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzowano powyższą listę zarzutów (okoliczności faktyczne i prawne podane dla uzasadnienia wniesienia odwołania).

{ad pkt 1 listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

W rozdziale V ust. 1 SIWZ Zamawiający dopuścił możliwość wykonania części zamówienia przez podwykonawców, przy czym informację o podwykonawcach należało zawrzeć w części II sekcji D jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), zaś w ofercie wymagane było wskazanie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podanie firm podwykonawców, o ile są znani na etapie składania ofert;

Mostostal Zabrze w pkt 11 formularza oferty złożył oświadczenie, że następujące części zamówienia: roboty elektryczne, roboty sanitarne, gazy medyczne oraz dostawa wyrobu medycznego zostaną powierzone do wykonania podwykonawcom, zaznaczając jednocześnie, że podwykonawcy tych części zamówienia nie są znani na etapie złożenia oferty.

Wraz z ofertą Mostostal Zabrze złożono zobowiązanie podmiotu G. Biuro Architektoniczne K. G. {dalej „G.”} z 15 marca 2018 r. do oddania do dyspozycji Mostostalowi Zabrze zasobów w postaci zdolności technicznych i zawodowych (wiedza i doświadczenie w postaci dwóch usług projektowych oraz cztery osoby zdolne do wykonania zamówienia). W treści złożonego zobowiązania podmiot ten zobowiązał się do udziału w realizacji zamówienia na podstawie umowy o podwykonawstwo (prace projektowe przez cały okres realizacji zamówienia).

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, że treść oferty Mostostalu Zabrze nie odpowiada treści SIWZ, która wymagała wskazania w formularzu oferty zarówno części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom (prac projektowych), jak i nazwy i adresu podwykonawcy tych prac, pomimo że podwykonawca ten był mu doskonale znany na etapie złożenia oferty przetargowej (G.).

Według Odwołującego nie jest możliwe usunięcie opisanej powyżej niezgodności pomiędzy treścią oferty Mostostalu Zabrze a treścią SIWZ, gdyż zarówno art. 84 ust. 1, jak i art. 87 ust. 1 ustawy pzp wyraźnie zabraniają dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty po upływie terminu składania ofert, w tym przez składanie wyjaśnień.

{ad pkt 2 listy zarzutów}

{zarzut nr 1}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

Zamawiający w rozdziale X ust. 3 pkt 2 sformułował warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

a) zdolności technicznej lub zawodowej – wymagający od wykonawcy wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę projektowania budynku użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015 r., poz. 142 ze zm.) o kubaturze co najmniej 18.000 m³;

b) zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia – wymagający od wykonawcy wykazania, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadają odpowiednie kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonywania zamówienia, tj. wykonawca musiał wykazać, że posiada: (1) minimum jedną osobę proponowaną do pełnienia funkcji architekta, (2) minimum jedną osobę proponowaną do pełnienia funkcji projektanta, (3) minimum jedną osobę proponowaną do pełnienia funkcji projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz (4) minimum jedną osobę proponowaną do pełnienia funkcji projektanta w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych {w odwołaniu pominięto treść wymagań stawianych poszczególnym osobom na poszczególnych stanowiskach}.

Mostostal Zabrze w celu spełnienia powyższych warunków udziału w postępowaniu (warunku dotyczącego usługi projektowania budynku użyteczności publicznej oraz warunku dotyczącego architekta i trzech projektantów) polega na zasobach innego podmiotu, co wynika wprost z treści złożonej oferty (zobowiązanie G. z 15 marca 2018 r.) oraz oświadczeń i dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 pzp (wykaz usług wraz z referencjami oraz wykaz osób).

Odwołujący nadmieniał, że Zamawiający pismem z 28 marca 2018 r. wezwał Mostostal Zabrze do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie (pkt 2 pisma).

Odwołujący przypomniał, że stosownie do art. 22a ust. 4 pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Odwołujący dodał, że analogiczne postanowienie zamieszczono w rozdziale XI ust.

19.5 SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że biorąc pod uwagę poprzednio już wskazane okoliczności co do niewskazania w formularzu zamiaru powierzenia usług projektowych podwykonawcy (G.), Mostostal Zabrze usiłuje wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu z obejściem przepisów ustawy pzp. Choć zobowiązanie G. wyraża wolę uczestnictwa w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, jednak wola ta nie została odzwierciedlona przez samego wykonawcę w pkt 11 formularza oferty, co oznacza, że Mostostal Zabrze nie może skutecznie posłużyć się zasobami innego podmiotu (nie zostaną przekazane zarówno wiedza i doświadczenie wskazane w zobowiązaniu, jak również nie zostanie oddelegowany personel niezbędny do realizacji zamówienia), a w konsekwencji nie wykazał spełnienia cytowanych wyżej warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego złożone przez Mostostal Zabrze pismem z 4 kwietnia 2018 r. wyjaśnienia nie sanują nieprawidłowości i rozbieżności, jakie mają miejsce w treści złożonej oferty.

{zarzut nr 2}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

Zamawiający w rozdziale X ust. 3 pkt 2 w lit. a) sformułował również warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, który wymagał od wykonawcy wykazania, że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej jedne roboty budowlane, których wartość wynosiła co najmniej 25.000.000,00 złotych (słownie: dwadzieścia pięć milionów złotych) brutto, polegające na budowie albo przebudowie budynku użyteczności publicznej zgodnie z definicją zawartą w Rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz. U. z 2015 r., poz. 142 z późn. zm.).

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku Zamawiający w rozdziale XI ust. 5 lit. a) pkt 1 SIWZ zażądał złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane (załącznik nr 3a do SIWZ). Do wykazu należało załączyć dowody potwierdzające że roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacje o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie

z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z kwietnia 2018 r. Mostostal Zabrze złożył Zamawiającemu wykaz wykonanych w ciągu 5 lat robót budowlanych (załącznik nr 3a do SIWZ) wraz z dokumentem z 17 stycznia 2018 r. zatytułowanym „Potwierdzenie wykonania robót budowlanych”, zawierającym stwierdzenie o wykonaniu określonych robót budowlanych, ze wskazaniem okresów realizacji, kwot oraz stron umowy.

Odwołujący zarzucił, że dokument o takiej treści nie może zostać potraktowany jako dowód potwierdzający, że roboty budowlane zostały wykonane należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone. A w konsekwencji Mostostal Zabrze nie wykazał spełniania opisanego warunku udziału w postępowaniu.

{ad pkt 3 listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

W celu potwierdzenia spełniania warunku, o którym mowa w rozdz. X ust. 3 pkt 2) lit. b) SIWZ, Zamawiający w rozdziale XI ust. 5 lit. a) pkt 3) zażądał złożenia wykazu osób kierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 4 do SIWZ).

W złożonym przez Mostostal Zabrze wykazie osób w odniesieniu do p. W. C. oraz p. A. C. nie wskazano podstawy dysponowania tymi osobami.

Odwołujący zarzucił, że z uwagi na zaistniałe braki Mostostal Zabrze nie złożył wymaganych w SIWZ dokumentów i nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

{ad pkt 4 listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

Na potwierdzenie spełnienia powyżej przywołanego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie potencjału osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia w odniesieniu do stanowisk z pkt (2)-(4) Mostostal Zabrze złożył wraz z ofertą wspomiane powyżej zobowiązanie G. do oddania mu do dyspozycji m.in. A. S., W. C. oraz A. C. . Te same osoby zostały wskazane w wykazie osób stanowiącym wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ.

Odwołujący dodał, że według jego wiedzy ww. trzy osoby nie są pracownikami G., tj. nie są zatrudnione przez ten podmiot na podstawie umowy o pracę, a przynajmniej niektóre z tych osób prowadzi działalność gospodarczą wpisaną do CEiDG.

Odwołujący nadmienił, że do oferty nie załączono zobowiązań pochodzących bezpośrednio od ww. trzech projektantów, z których wynikałoby wola i deklaracja udostępnienia wykonawcy swojej osoby na potrzeby wykonania zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że skoro te trzy osoby nie są pracownikami G., podmiot ten nie może skutecznie udostępnić tych osób Mostostalowi Zabrze na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia. Według Odwołującego inny podmiot nie może dysponować osobą, która nie jest u niego zatrudniona na umowę o pracę. W konsekwencji Mostostal Zabrze nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania ww. trzema projektantami, jak również wprowadził Zamawiającego w błąd co do tego, że warunki udziału w postępowaniu spełnia.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wywiódł, że w sytuacji, gdy którakolwiek z tych trzech osób jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą wpisaną do CEiDG, udział takiej osoby w realizacji zamówienia oznaczałby realizację określonej części zamówienia (usługi projektowe) w charakterze podwykonawcy. Tymczasem zarówno w złożonej ofercie, jak i w odpowiedzi na wezwanie skierowane do Mostostal Zabrze w trybie art. 26 ust. 1 ustawy pzp, nie przedstawiono oświadczenia JEDZ danego przedsiębiorcy, zgodnie z wymaganiem określonym w rozdziale V ust. 1 SIWZ (a także nie wskazano usług projektowania przez te osoby, wymienione z imienia i nazwiska, w pkt 11 formularza oferty).

{ad pkt 5 listy zarzutów}

Z odwołania wynikają następujące okoliczności odnośnie przebiegu postępowania:

W rozdziale X ust. 3 pkt 2 lit. c) Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej, wymagający od wykonawcy wykazania, że posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej

działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 8.000.000,00 złotych (słownie złotych: osiem milionów 00/100).

Przedmiotem tego zamówienia jest realizacja, w formule zaprojektuj i wybuduj, Centrum Zdrowia Matki i Dziecka w Szpitalu Uniwersyteckim im. Karola Marcinkowskiego w Zielonej Górze Sp. z o.o. Wykonanie zamówienia będzie przebiegało w dwóch etapach: etap I – sporządzenie koncepcji oraz dokumentacji projektowej i uzyskanie pozwolenia na budowę, etap II – wykonanie robót budowlanych w oparciu o sporządzoną dokumentację projektową.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów z 3 kwietnia 2018 r. Mostostal Zabrze na potwierdzenie spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu złożył Polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej nr 908210414288 z 29 maja 2017 r. Z treści złożonej polisy wynika, że ubezpieczeniu podlega działalność zgodna z KRS, w szczególności zakres działalności wymienionych w dokumencie polisy.

W odpisie z KRS dla spółki Mostostal Zabrze nie ma usług projektowania wśród rodzajów działalności wymienionych w dziale 3 rubryka 1.

Odwołujący zarzucił, że złożona polisa nie jest związana z przedmiotem niniejszego zamówienia, gdyż żadna z działalności wymieniona w polisie nie odnosi się do usług projektowania. W konsekwencji Mostostal Zabrze nie wykazał spełniania warunku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia.

{ad pkt 6 listy zarzutów}

Odwołujący oświadczył, że stawia ten zarzut z daleko idącej ostrożności, wyłącznie na wypadek uznania przez Izbę braku podstaw do odrzucenia oferty Mostostal Zabrze bądź braku podstaw do bezpośredniego wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania. W takiej sytuacji Zamawiający będzie zobowiązany do wezwania Mostostal Zabrze do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

{ad pkt 7 listy zarzutów}

Odwołujący stwierdził, że zarzut ten stanowi konsekwencję powyższych zarzutów. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający powinien wykluczyć Mostostal Zabrze z postępowania, a także odrzucić ofertę tego Wykonawcy jako nieodpowiadającą

treści SIWZ, w konsekwencji Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 pzp, a następnie wybrać ofertę Odwołującego jako najkorzystniejszą.

W odpowiedzi na odwołanie z 9 maja 2018 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i odniósł się do poszczególnych jego zarzutów.

25 kwietnia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez MOSTOSTAL ZABRZE Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A. z siedzibą w Gliwicach przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania tego zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp), Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, a szczegółowo swoje stanowisko odnośnie poszczególnych zarzutów skonkretyzował w złożonym na posiedzeniu 9 maja 2018 r. piśmie procesowym.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia w całości postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia

odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący jako wykonawca uczestniczący w postępowaniu o przedmiotowe zamówienie, który skarży zaniechanie wykluczenia Przystępującego, względnie zaniechanie odrzucenia jego oferty, wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1, 2 (zarzut 1) i 3 listy zarzutów odwołania}

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ten ostatni przepis stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona

Z kolei według art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp stanowi w szczególności, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Z art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Żaden ze sformułowanych w odwołaniu zarzutów wywiedzionych z tych samych lub zbliżonych okoliczności faktycznych, powyżej przybliżonych za odwołaniem, nie zasługuje na uwzględnienie.

Skoro w formularzu oferty w miejscu na to przeznaczonym nie wskazano, że prace projektowe zostaną powierzone Biuru Architektonicznemu G. K. G., a jednocześnie okoliczność ta wynikała ze zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów oraz innych dokumentów dotyczących tego podmiotu, w dokumentach oferty zaistniała pewna rozbieżność, którą należało racjonalnie rozstrzygnąć. Zamawiający w pierwszym kroku mógł

w tym celu posłużyć się instytucją wyjaśnień, co też uczynił.

W odwołaniu przemilczano na co dokładnie zwrócił uwagę Zamawiający w swoim wezwaniu i co w odpowiedzi wyjaśnił Mostostal Zabrze. Otóż w piśmie z 28 marca 2018 r. skierowanym w trybie art. 26 ust. 4 pzp Zamawiający zwrócił uwagę, że wykaz podwykonawców zawarty w pkt II formularza ofertowego nie obejmuje podwykonawstwa w zakresie usług projektowych, w jakim ten Wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego.

Z kolei w piśmie z 4 kwietnia 2018 r. Mostostal Zabrze wyjaśnił, że zarówno w JEDZ (część II sekcje C i D), jak i SIWZ (rozdział V ust. I) znajduje się rozróżnienie na informacje dotyczące podmiotów trzecich, na zasobach których wykonawca polega, oraz informacje dotyczące podwykonawców. I tak część II sekcja C JEDZ (Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów), w przypadku oświadczenia „tak”, nakłada obowiązek przedłożenia osobnego formularza JEDZ dla takiego podmiotu w zakresie części II sekcji A i B i części III wraz ze stosownym zobowiązaniem. I takie dokumenty zostały przedłożone przez Mostostal Zabrze, a wynikają z nich informacje m.in. o sposobie i formie udostępnienia zasobów. Z kolei w przypadku podwykonawców, na których zdolnościach wykonawca nie polega, część II sekcja D JEDZ (Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega) zawiera oświadczenie wykonawcy o zamiarze zlecenia podwykonawstwa części zamówienia oraz obliguje do podania wykazu podwykonawców, o ile jest to wiadome. Wedle natomiast rozdziału V ust. I SIWZ w części II sekcji D JEDZ wykonawca obowiązany jest zawrzeć informacje o podwykonawcach, a w ofercie obowiązany jest wskazać części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy podwykonawców, o ile są znani na etapie składania ofert. Mostostal Zabrze powołał się na to, że w taki właśnie sposób wypełnił pkt II formularza ofertowego.

O ile Mostostal Zabrze błędnie zinterpretował nakaz, aby w treści formularza wskazać każdy zakres zamówienia przewidywany do powierzenia podwykonawcom (niezależnie od tego, czy udział tych podwykonawców służy również wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też nie), o tyle nie niesie to takich konsekwencji, jak chciałby Odwołujący.

Przede wszystkim umknęło uwadze Odwołującego, że od wykonawcy składającego ofertę pochodzi nie tylko formularz oferty, ale również JEDZ. Tymczasem z tego ostatniego wynika jednoznacznie, że Mostostal Zabrze zamierza polegać na zasobach G. . Poza zobowiązaniem do udostępnienia zasobów dla tego ostatniego również złożono dokument JEDZ. Jednocześnie, jak sam zauważył Odwołujący, w obecnym stanie prawnym wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują usługi

(jak w tym przypadku), do realizacji których zdolności te są wymagane (art. 22a ust. 4 pzp). W tych okolicznościach działając w dobrej wierze nie sposób nie odczytać woli Mostostalu Zabrze powołania się na wiedzę i doświadczenia oraz personel G., który w zakresie prac projektowych ma być podwykonawcą.

Niezależnie od powyższego należy zauważyć, że w sytuacji, gdy prace projektowe należały do zakresu zamówienia, który nie został zastrzeżony do osobistego wykonania przez wykonawcę, zamieszczenie w ofercie informacji o podwykonawstwie nie stanowi istotnej treści oferty, a ma walor głównie informacyjny. Stąd w orzecznictwie Izby wskazuje się, że oświadczenie o podwykonawcach nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp tj. merytorycznej treści zobowiązania wykonawcy oferowanego w odpowiedzi na opisany przez zamawiającego w SIWZ przedmiot zamówienia. Nie jest to więc oświadczenie woli, o jakim stanowi przepis art. 66 §1 k.c. w zw. z art. 14 pzp {por. wyrok z 22 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 234/17), LEX nr 2240445; wyrok z 13 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 192/17), LEX nr 2238217}.

Ponadto, jak trafnie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 20 listopada 2012 r. (sygn. akt KIO 2411/12), doprecyzowanie w wyjaśnieniach części zamówienia, którą wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom nie prowadzi do niedopuszczalnej zmiany treści oferty, lecz eliminuje wątpliwości dotyczące planowanego podwykonawstwa i będzie stanowiło dopełnienie obowiązku poinformowania zamawiającego o jego zakresie. Natomiast odrzucenie oferty byłoby przejawem niczym nieuzasadnionego formalizmu.

Co więcej, jak przyjmuje się aktualnie w orzecznictwie Izby, nawet ewentualny brak podania w ofercie pełnego zakresu podwykonawstwa nie wywołuje żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, gdyż brak ustawowej przesłanki obligującej do odrzucenia oferty wykonawcy, który podał niepełny zakres podwykonawstwa bądź wykluczenia takiego wykonawcy z udziału w postępowaniu (tak już w wyroku z 9 lipca 2015 r. (sygn. akt: KIO 1256/15, KIO 1328/15); por. też wyrok z 26 stycznia 2016 r. (sygn. akt: KIO 2755/15, KIO 2756/15, KIO 2819/15, KIO 2826/15, KIO 2833/15, KIO 2837/15)).

Wreszcie Odwołujący zupełnie nie wziął pod uwagę, że gdyby nawet przyjąć zaistnienie w omawianej sytuacji stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, nie stanowi złamania zakazu wynikającego z art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp zastosowanie instytucji z art. 87 ust. 2 pzp, na co wprost wskazano w tym pierwszym przepisie. Tymczasem próżno w odwołaniu szukać jakichkolwiek argumentów sprzeciwiających się zastosowaniu choćby art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp dla usunięcia wskazywanej przez Odwołującego rozbieżności. Skoro do tego ostatniego przepisu odsyła wprost art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, wykazanie braku możliwości zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp jest warunkiem *sine qua non* zaistnienia tej podstawy odrzucenia oferty. Ponieważ Odwołujący domagał się odrzucenia na tej podstawie

oferty Przystępującego, na nim spoczywał ciężar takiego wykazania, czego w ogóle się nie podjął, bo w ogóle nie objął art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp zarzutami odwołania.

Izba zważyła, że również niewskazaniu w wykazie osób podstawy dysponowania osobami, o których wiadomo z innych dokumentów oferty, że są udostępniane przez G. (zobowiązanie do udostępnienia tych osób, JEDZ tego podmiotu), nie powoduje stanu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak chciałby Odwołujący (który zresztą swojego stanowiska szerzej nie uzasadnił).

Reasumując, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 pzp), Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego ani art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp (na czym miałyby polegać naruszenie art. 7 ust. 1 pzp w ogóle nie zostało sprecyzowane w odwołaniu), ani art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 2 (zarzut 2)}

Brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp przywołano już powyżej.

Izba ustaliła, że w dokumencie zakwestionowanym przez Odwołującego szczegółowo opisano zakres rzeczowy, terminy wykonania i wartość robót budowlanych wykonanych przez Mostostal Zabrze.

W tych okolicznościach Izba uznała, że brak wskazania jakichkolwiek zastrzeżeń co do zakresu lub terminu wykonania robót szczegółowo rozpisanych w dokumencie pozwala na przyjęcie, że jego autor potwierdza w ten sposób należyte ich wykonanie, zgodne z przepisami Prawa budowlanego, i prawidłowe ukończenie. Co znalazło potwierdzenie w interpretacji autentycznej zawartej w złożonym na rozprawie piśmie od tego samego zamawiającego.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że Odwołujący nawet nie twierdził, że roboty opisane w wykazie Mostostalu Zabrze zostały wykonane nienależycie, niezgodnie z przepisami Prawa budowlanego lub nieukończone w terminie, a zatem zarzut miał charakter jedynie formalny, a nie merytoryczny.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 4 listy zarzutów odwołania}

Brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1b pkt 3 pzp przywołano już powyżej.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę,

16) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;

17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zarzut postawiony w odwołaniu sprowadza się do tezy, że ponieważ udostępnieniu mogą podlegać wyłącznie osoby pozostające w stosunku pracy, a wskazane trzy osoby nie są takimi pracownikami G., podmiot ten nie mógł tych osób udostępnić Mostostalowi Zabrze, aby przy ich pomocy wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami o określonych kwalifikacjach i doświadczeniu.

Ponieważ taka teza jest błędna, również oparty na niej zarzut należy uznać za bezzasadny. Istotne jest, czy podmiot trzeci dysponuje pewnymi osobami jako zasobem własnym, czyli wiąże go z tymi osobami określone więzi prawne, nie ma znaczenia, czy z tytułu stosunku pracy czy innego stosunku cywilnoprawnego.

Umknęło uwadze Odwołującego, że już w opinii UZP z 24.06.2011 r. (pt. „Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, www.uzp.gov.pl) wyjaśniono, że z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do realizacji zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, w której podmiotem trzecim będzie również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych.

Okoliczność, że niektóre z tych osób są również przedsiębiorcami prowadzącymi jednoosobowo działalność gospodarczą, czy też wspólnikami i członkami władz spółek handlowych, sama w sobie nic nie wnosi do sprawy. Odwołujący nie był w stanie nawet sprecyzować, w jaki sposób i dlaczego przekreślać miałyby to występowanie w obrocie tych samych osób fizycznych jako współpracowników innego podmiotu.

Ponieważ ani Mostostal Zabrze, ani G. nie wskazywali, że osoby udostępniane przez to biuro projektowe są w nim zatrudnione na podstawie umowy o pracę, nie wiadomo na czym miałyby polegać wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Odwołujący nie zadał sobie w ogóle trudu wykazania zaistnienia przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 pzp, poprzestając

na powieleniu treści tych przepisów w ramach listy zarzutów.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 5 listy zarzutów odwołania}

Izba ustaliła, że Mostotal Zabrze na mocy polisy wskazanej w odwołaniu jest również objęty ochroną ubezpieczeniową w zakresie szkód osobowych i rzeczowych wynikłych z działalności ubezpieczonego polegającej na projektowaniu oraz pełnieniu nadzoru autorskiego projektowej {patrz pkt 2 Klauzul dodatkowych, str. 3 dokumentu polisy}.

Stąd zarzut odwołania, jako oparty na błędnych ustaleniach faktycznych, należy uznać za całkowicie bezzasadny.

Niezależnie od powyższego skład orzekający podziela dominujące w orzecznictwie Izby stanowisko, że „związany z przedmiotem zamówienia” nie oznacza „tożsamy z przedmiotem zamówienia” czy „obejmujący cały zakres przedmiotu zamówienia”. Jak trafnie wskazuje się, rolą polisy jest w tym przypadku wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie zapewnienie ochrony ubezpieczeniowej realizacji zamówienia. Stąd polisa musi dotyczyć wyłącznie działalności związanej z przedmiotem zamówienia, a nie tożsamej z przedmiotem zamówienia {por. wyroki wydane: 24 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2444/16), LEX nr 2208237; 14 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 564/14), LEX nr 1455522; 8 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 165/13), LEX nr 12885021}99.

{rozstrzygnięcie zarzutu z pkt 6 listy zarzutów odwołania}

Skoro nie potwierdził się żaden z zarzutów niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp jest również bezzasadny.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 7 listy zarzutów odwołania}

Ponieważ zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 pzp mają charakter niesamoistny tzn. ich podstawą nie są odrębne okoliczności, należy uznać je za tak samo niezasadne jak powyżej rozstrzygnięte zarzuty.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku

na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia jego pełnomocnika, na podstawie rachunku przedstawionego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: