Sygn. akt: KIO 20/13
KIO 29/13

WYROK
z dnia 22 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Honorata Łopianowska**
Przemysław Dzierzęcki
Emil Kuriata

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2013 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 4 stycznia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy (spr. o sygn. KIO 20/13),

B. w dniu 7 stycznia przez QumakSekom SA w Warszawie (spr. o sygn. KIO 29/13)

w postępowaniu prowadzonym przez Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Krakowie

przy udziale:

A. QumakSekom SA w Warszawie zgłaszającego przystąpienie w sprawie KIO 20/13 – po stronie zamawiającego;

B. SKANSKA SA w Warszawie zgłaszającego przystąpienie w sprawach KIO 20/13 oraz KIO 29/13 – po stronie zamawiającego,

orzeka:

1.

A. oddala odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy;

B. oddala odwołanie Qumak Sekom SA w Warszawie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy (w sprawie KIO 20/13) a także Qumak Sekom SA w Warszawie (spr. o sygn. KIO 29/13) i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpisy w łącznej wysokości40 000 zł 00 gr (słownie: czterdziestu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczone przez Odwołujących: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy(w sprawie KIO 20/13)a także Qumak Sekom SA w Warszawie (spr. o sygn. KIO 29/13), w tym po 20 000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) od każdego z Odwołujących.

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

Skład orzekający:

Sygn. akt: KIO 20/13
KIO 29/13

U z a s a d n i e n i e

I. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Budowę budynku sztabowego dla potrzeb siedziby DWS wraz z towarzyszącą infrastrukturą w kompleksie wojskowym Kraków Pychowice*" z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 sierpnia 2012 r. pod nr 2012/S 154-257045.

W postępowaniu, zostały złożone oferty przez czterech wykonawców:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy – z ceną 47 308 639,48 zł;

2) SKANSKA SA w Warszawie – z ceną 47 954 089,35 zł;

3) Qumak Sekom SA w Warszawie – z ceną 49 736 759,37 zł;

4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LECH" spółkę z o.o. w Bydgoszczy oraz „SPRINT" SA Oddział w Bydgoszczy – z ceną 50 934 092,45 zł.

Zamawiający w dniu 27 grudnia 2012 r. dokonał wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy oraz odrzucenia tej oferty a następnie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez SKANSKA SA w Warszawie.

II. W związku z powyższymi czynnościami Zamawiającego, złożone zostały odwołania przez:

1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy – na wykluczenie z postępowania oraz odrzucenie własnej oferty;

2) Qumak Sekom SA w Warszawie – w związku z zaniechaniem wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty złożonej przez SKANSKA SA w Warszawie.

III. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy zarzucili naruszenia:

1) art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w niniejszej sprawie, skutkujące bezzasadnym wykluczeniem Wykonawcy w sytuacji, gdy nie doszło do spełnienia żadnej z przesłanek umożliwiającej wykluczenie Wykonawcy z przetargu, a Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił faktu łącznego wystąpienia *przesłanek ustawowych oraz błędnie przyjął iż udział wykluczonego wykonawcy w* postępowaniu prowadził do naruszenia zasad uczciwej konkurencji,

2) art. 87 ust. 1 ustawy, poprzez zaniechanie wezwania wykluczonego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do ewentualnego istnienia przesłanki wykluczenia z postępowania;

3) art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez uznanie oferty Wykonawcy za odrzuconą w sytuacji, gdy brak było przesłanek do wykluczenia Wykonawcy z postępowania,

4) art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez nierówne traktowanie wykonawców, przejawiające się w bezpodstawnym wykluczeniu z przetargu wykonawcy oferującego najniższą cenę, co naruszyło zasady uczciwej konkurencji,

5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy, pomimo braku podstawy faktycznej i prawnej dla dokonania tej czynności, bowiem treść oferty Wykonawcy odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

6) art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego poprawienia w ofercie innych, niż oczywiste omyłki pisarskie, omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, co nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty;

7) art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez uznanie, że oferta Wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wnieśli o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu i w konsekwencji odrzucenia oferty Wykonawcy;
2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Wykonawcy;
3) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez Skanska S.A. Warszawie jako najkorzystniejszej oferty;
4) dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Wykonawcy;
5) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Wykonawcy, poprzez zasądzenie kwoty 20.000zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego się z tytułu wpisu od odwołania oraz pozostałymi poniesionymi przez Wykonawcę kosztami postępowania, zgodnie z rachunkiem, który zostanie przedłożony na rozprawie;

6) w przypadku, gdyby do czasu rozpoznania odwołania Zamawiający zawarł z innym oferentem umowę, Odwołujący wniósł na podstawie przepisu art. 192 ust. 3 pkt 2 lit a ustawy, o unieważnienie umowy**.**

W uzasadnieniu Odwołujący podali następującą argumentację mającą uzasadniać podniesione zarzuty:

- Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13.08.2009 (sygn. akt KIO/UZP 995/09) uznała, że do wykluczenia wykonawcy z przetargu konieczne jest łącznespełnienie trzech przesłanek:

1. wykonywanie przez wykonawcę bezpośrednio czynności związanych z przygotowywaniem prowadzonego postępowania lub posługiwaniem się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności,
2. utrudnienie uczciwej konkurencji przez udział wykonawcy w postępowaniu,
3. istnienie związku przyczynowego (adekwatnego) między uczestniczeniem w postępowaniu wykonawcy opisanego w punkcie pierwszym a opisanym w punkcie drugim utrudnieniem uczciwej konkurencji.

- Ciężar udowodnienia przesłanek wskazanych w art24 ust. 2 pkt 1 ustawy spoczywa na zamawiającym, gdyż on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci wykluczenia wykonawcy*:„Sankcja wykluczenia jest dla wykonawców szczególnie dotkliwa - uniemożliwia dalsze ubieganie się o udzielenie zamówienia a z punktu widzenia samego zamawiającego prowadzi do dopuszczenia do badania i oceny mniejszej liczby ofert, a więc udzielenia zamówienia w warunkach mniej konkurencyjnych. Podejmując decyzję o wykluczeniu zamawiający winien szczegółowo zbadać i rozważyć jej podstawy" (wyrok KIO z 13.08.2009, sygn. akt KIO/UZP 995/09);*

- w niniejszej sprawie nie występowała żadna z trzech powyżej wskazanych przesłanek, a Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił faktu łącznego wystąpienia tych przesłanek.

- nawet zakładając, iż jeden z konsorcjantów brał udział bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania, czemu Wykonawca stanowczo zaprzecza, udział Wykonawcy w postępowaniu nie utrudnił uczciwej konkurencji pomiędzy oferentami.

- Odwołujący powołał się na stanowisko zaprezentowane przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z 4.03.2011 (sygn. akt KIO 345/11), zgodnie z którym: *„Podmiot przygotowujący prowadzone postępowanie ma (do pewnego stopnia) naturalną przewagę nad innymi uczestnikami postępowania, jednak przewaga ta jest niwelowana przez ujawnienie wszelkich niezbędnych dokumentów mogących mieć wpływ na postępowanie i umożliwienie pozostałym uczestnikom postępowania zapoznanie się z nimi. Dlatego uczestnictwo w przygotowaniu postępowania nie jest bezwzględną przesłanką wykluczenia, a aktualizuje się dopiero w wypadku, kiedy zostanie wykazane, że udział ten utrudnił uczciwą konkurencję."*

- w sprawie Zamawiający wskazuje de facto na jeden konkretny zarzut, który miałby rzekomo

uzasadniać to, że udział Cecomm w tym postępowaniu utrudnił uczciwą konkurencję - iż w związku z klauzulą nadaną na dokumentację, np. klauzulą POUFNE obejmującą instalacje teletechniczne, jej udostępnianie był możliwe wyłącznie w siedzibie Zamawiającego. Zatem w ocenie Zamawiającego inni oferenci mieli rzekomo gorszą sytuację aniżeli Cecomm, który mógł dokumentację tę na „bieżąco analizować". Zarzut ten jednakże jest chybiony z kilku względów. Po pierwsze, również i Cecomm obowiązują prawne regulacje związane z nadaną na dokumenty klauzulą poufności, co wymaga wprowadzenia i przestrzegania procedur związanych z zabezpieczeniem, przechowywaniem, czy też wykorzystaniem tejże dokumentacji. Zatem dokumentacja ta nie mogła zostać swobodnie wykorzystana, jak sugeruje Zamawiający. Po drugie, Zamawiający formułując zarzut łatwiejszego dostępu do dokumentacji jedynie hipotetycznie zakłada, iż Cecomm miał taką możliwość. W tym zakresie zarzut ten nie jest zarzutem skonkretyzowanym, lecz jedynie przypuszczeniem, nie popartym dowodami. Sam fakt posiadania dostępu do dokumentacji przetargowej nie oznacza naruszenia zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Zamawiający w żaden sposób nie wskazuje jaki związek przyczynowo-skutkowy występuje pomiędzy posiadaniem dostępu do dokumentacji a utrudnieniem w ten sposób konkurowania innym wykonawcom

- przykładem bezzasadności argumentacji Zamawiającego jest zestawienie, z którego wynika, iż mimo tej rzekomej niedogodności, inni oferenci przedstawili niższe ceny kosztorysowe na instalacje teletechniczne, aniżeli Cecomm. Zatem rzekome ograniczenie dostępu do dokumentacji, nie przełożyło się na faktyczne naruszenie zasad uczciwej konkurencji, co wprost pokazuje zestawienie cen kosztorysowych różnych wykonawców na przedmiotowe prace.

	Wyceny kosztorysowe branż na które CECOMM składał		
	CECOMM	SKANSKA	QUMAK
Automatyka	501 971,74 zł	416 588,02 zł	363 654,08 zł
Instalacje teletechniczne	12 471 656,75 zł	11 193 958,04 zł	12 404 629.49 zł
Instalacje teletechniczne uzupełniające	334 481.00 zł	414 949,13 zł	292 330,06 zł

- Odwołujący podał, iż dowodem mającym potwierdzać procedurę przygotowania oferty mają być zeznania świadka – pracownika CECOMM;

- w toku postępowania oferenci mogli i korzystali z możliwości składania pytań związanych

z treścią SIWZ, co w powiązaniu z dostępem do pełnej dokumentacji niezbędnej do należytego przygotowania oferty, zniwelowało ewentualną naturalną przewagę Cecomm nad pozostałymi oferentami wynikającą z opracowywania dokumentacji. Potwierdza to również fakt, iż pozostali wykonawcy przygotowali merytorycznie poprawne i nieodrzucone oferty, których ceny nie odbiegały znacznie od ceny najkorzystniejszej.

- stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym podmiot uczestniczący w pracach projektowych nie może być wykonawcą tychże prac, prowadzi do sprzecznej z zasadą uczciwej konkurencji dyskryminacji tego podmiotu. Na takie sytuacje wskazał między innymi Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 3.03.2005 w sprawie Fabricom SA przeciwko Belgii (C-21/03 i C-34/03), w którym to orzeczeniu wyraźnie wskazano, że nie jest możliwe wykluczenie podmiotu bez weryfikacji i umożliwienia wykazania, iż zdobyte w toku przygotowywania postępowania doświadczenia przez podmiot obiegający się o zamówienie nie zakłócają konkurencji. W toku postępowania Zamawiający bez przeprowadzenia analizy w tym zakresie i uzyskania chociażby wyjaśnień od Skarżącego arbitralnie przyjął, iż należy zastosować w tej sprawie sankcję najdalej idącą i najdotkliwszą dla Skarżącego. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 13.08.2009 (sygn. akt KIO/UZP 995/09), zliteralnego brzmienia przepisu art. 87 ust. 1ustawy wynika, że zwrócenie się do wykonawcy w celu złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, jednak zaniechanie tej czynności przez zamawiającego wiąże się często, tak jak w okolicznościach faktycznych sporu, z brakiem zachowania należytej staranności wymaganej przy prowadzeniu postępowania.". Skarżąca nie może ponosić tak dalece uciążliwych konsekwencji związanych z nienależytym prowadzeniem postępowania przez Zamawiającego i jego arbitralnych decyzji.

-Ratio legis przepisu art. 24 ust 2. pkt 1 ustawy jest, aby chronić zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, opartej na równym ich traktowaniu przez Zamawiającego. Zaprezentowana przez Zamawiającego interpretacja tego przepisu zmierza dokładnie w przeciwnym kierunku. Zamawiający bowiem zdaje się jedynie poszukiwać pretekstu do wykluczenia oferty najkorzystniejszej bez dokonania oceny czy faktycznie w tej sprawie inni oferenci mogli być w sytuacji na tyle gorszej, iż faktycznie i obiektywnie naruszało to zasady uczciwej konkurencji. Okoliczność, iż wykonawcy mogli przeglądać dokumentację jedynie w siedzibie Zamawiającego nie może być uznana za naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Argumentacja ta bowiem prowadzi do absurdalnych wniosków, iż np. Zamawiający winien udostępniać dokumentację w równy sposób wszystkim wykonawców, a więc tak zorganizować przetarg, aby przeglądanie dokumentacji możliwe było w równej odległości od siedzib poszczególnych wykonawców, gdyż dłuższy dojazd z innej części kraju do Krakowa jest nierównym traktowaniem wykonawców i uprzywilejowani byliby wykonawcy mający siedzibę w tym mieście. Słuszna intencja ustawodawcy zmierzająca do wyeliminowania

nadużyć związanych z przygotowywaniem postępowań, została wypaczona poprzez jej bezrefleksyjne stosowanie bez względu na okoliczności. W tym postępowaniu, o ile w ocenie Zamawiającego występowała owa „naturalna przewaga sporządzającego dokumentację projektową" Zamawiający przez odpowiednie postanowienia SIWZ winien ją zniwelować i tak też się stało. Przez realne umożliwienie przeglądania dokumentacji, wydłużenie czasu składania ofert, udzielanie wnikliwych odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której nawet istniejąca na wstępie przewaga Cecomm nie miała znaczenia z punktu widzenia konkurencyjności wśród wykonawców. W szczególności Cecomm nie dysponował wiedzą bądź możliwościami, które w realny sposób mogłyby uniemożliwić innym wykonawcom zaproponowanie niższej ceny. Potwierdza to przykład wyceny instalacji teletechnicznych, gdzie inni oferenci zaproponowali niższą cenę. To natomiast, iż Cecomm posiadał najpewniej rozleglejszą wiedzę o przedmiocie zamówienia nie stanowi również naruszenia zasady uczciwej konkurencji, albowiem inni oferenci po wnikliwym przeanalizowaniu dokumentacji przetargowej mogli wiedzę te zdobyć, a jak pokazuje wynik przetargu i złożone oferty, wiedzę tę posiedli.

- podobnie sytuacja przedstawia się z rzekomym uprzywilejowaniem Skarżącego wynikającym z posiadania edytowanej wersji przedmiarów. Zamawiający nie udowodnił, iż Cecomm faktycznie skorzystał z edytowanych przedmiarów. Korzystanie z tejże edytowanej wersji przedmiarów mogło nie być celowe z uwagi na możliwość powielenia ewentualnych błędów, które mogły zdarzyć się w tak obszernej dokumentacji. Ponadto mając na uwadze fakt, iż wykonawcy mieli ponad trzy miesiące na przygotowanie ofert (przetarg ogłoszono 13.08.2012 a oferty składano do 15.11.2012), nawet rzekoma przewaga wynikająca z posiadania edytowanej wersji przedmiarów uległa w całości zatarciu. Trudno bowiem założyć, iż profesjonalny wykonawca miałby trudności z przygotowaniem oferty w tak długim terminie. Wreszcie wskazać należy na argument kluczowy, iż o ile w ocenie Zamawiającego posiadanie edytowanej wersji przedmiarów mogło naruszyć zasady uczciwej konkurencji, winien On dla zniwelowania rzekomej przewagi Cecomm przedmiary te w takiej wersji udostępnić pozostałym wykonawcom. Jeżeli jednakże Zamawiający tego świadomie nie uczynił uznał już na etapie przygotowywania przetargu, że edytowana forma przedmiarów nie jest niezbędna do należytego przygotowania oferty, a niedogodność tę „rekompensuje" odpowiednio długi okres przygotowywania oferty.

- Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 29.01.2008 (sygn. akt KIO/UZP 120/07), w którym Izba w oparciu o tożsamy stan faktyczny sprawy (ubieganie się o wykonawstwo podmiotu przygotowującego dokumentację projektową) stwierdza, iż: „*z samego udziału firmy X w przygotowywaniu przedmiotowego postępowania i to w sposób bezpośredni poprzez opracowanie dokumentacji projektowej i kosztorysu inwestorskiego, nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki ma przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami*

postępowania. W ocenie Izby zatem nie ma przeszkód do skutecznego ubiegania się autora projektu o udzielenie zamówienia na jego realizację.

- to właśnie bezkrytyczne i bezrefleksyjne przyjmowanie założenia, iż podmiot projektujący z natury rzeczy nie może ubiegać się o wykonanie zaprojektowanych prac narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W ten sposób bowiem Zamawiający zmniejsza krąg potencjalnych i co ważne sprawdzonych wykonawców, którzy mogą zaproponować konkurencyjną cenę. Argument ten jest tym bardziej zasadny w niniejszej sprawie, z uwagi na specyfikę postępowań związanych z szeroko rozumianymi zamówieniami związanymi z obronnością i stosunkowo niewielką grupę podmiotów, które mogą sprostać tak skomplikowanym zadaniom, spełniając przy tym wiele restrykcyjnych wymogów stawianych przez Zamawiającego.

- niespełniona też została przesłanka bezpośredniości- nie można zgodzić się ze stanowiskiem, iż Cecomm bezpośrednio brał udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania lub też posługiwał się przy sporządzaniu oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności. W istocie Zmawiający oraz Cecomm zawarli umowę nr 91/2/147/2009/W, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowo-kosztorysowej pn. *„Budowa budynku sztabowego oraz wieży podsystemy antenowe w kompleksie wojskowym Kraków-Pychowice."*Nie można w zupełności zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, który *a priori* zakłada, iż sama ta okoliczność przesądza o tym, że jeden z członków skarżącego konsorcjum brał bezpośredni udział w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania. Tezie tej przeczy stanowisko zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 27.04.2011 roku (sygn. akt KIO 760/11), w którym stwierdza, iż: „*Nie można zatem uznać, iż każdy przypadek, gdy dokumentacja projektowa wykorzystywana jest w innych postępowaniach projektant tej dokumentacji zawsze będzie uznawany za wykonującego bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, niezależnie od tego*, *czy jego udział miał wymiar faktyczny (tj. rzeczywiście uczestniczył w wykonywaniu czynności związanych z przygotowaniem postępowania, wpływając choćby na opis przedmiotu zamówienia), czy też sprowadzał się jedynie do wykorzystania efektu jego prac wykonanych w ramach innych postępowań, podczas gdy on sam w przygotowaniu danego postępowania nie uczestniczyli...).* Cecomm nie brał udziału w przygotowywaniu postępowania, albowiem wykonał On prace objęte innym postępowaniem. Nadto okres ponad czterech lat pomiędzy zawarciem umowy z Cecomm a przygotowaniem niniejszego przetargu świadczy o zerwaniu czasowego związku pomiędzy tymi czynnościami, a zatem o braku przymiotu bezpośredniości. Dodatkowo upływ tak długiego okresu de facto skutkował jedynie pozorną przewagą Cecomm nad pozostałymi oferentami, albowiem zasady doświadczenia życiowego pokazują, iż dokonanie wyceny prac po tak długim okresie jest wykonywane ponownie „od podstaw."

- Uwadze Zamawiającego umyka, że z uwagi na charakter wykonywanych prac projektowych, wykonywane one były przez konkretnych projektantów- osoby posiadające stosowne kwalifikacje zawodowe oraz co istotne, niepodlegające w zakresie wykonywania swoich prac całkowitemu nadzorowi pracodawcy bądź zleceniodawcy. Należy podkreślić, iż zgodnie z przepisem art. 12 ust. 6 ustawy Prawo budowlane osoby wykonujące samodzielne funkcje techniczne w budownictwie (w tym projektanci) są odpowiedzialne za wykonywanie tych funkcji zgodnie z przepisami i zasadami wiedzy technicznej oraz za należytą staranność w wykonywaniu pracy, jej właściwą organizację, bezpieczeństwo i jakość. Prawo budowlane określa, iż projektantem jest osoba fizyczna, o określonych kwalifikacjach nigdy zaś prawna. Zatem w niniejszej sprawie możemy co najwyżej mówić o pośrednim powiązaniu Cecomm z czynnościami zmierzającymi do przygotowywania przetargu, które to czynności z oczywistych względów nie wykonywał, albowiem prawnie nie byłoby to dopuszczalne, podmiot prawa handlowego - Spółka, lecz jej pracownicy lub zleceniobiorcy. W tym zakresie należy wskazać na ugruntowane i powszechnie przyjmowane stanowisko w orzecznictwie KIO zgodnie z którym, jedynie tożsamość podmiotu uczestniczącego bezpośrednio w czynnościach związanych z przygotowywaniem postępowania oraz podmiotu ubiegającego się o udzielenie zamówienia może uzasadniać zastosowanie sankcji wskazanej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1.
- Należy zatem ocenić to, czy w przedmiotowej sprawie zachodzi sytuacja, w której Skarżący posłużyłby się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności zmierzających do przygotowania przetargu. W tym zakresie Zamawiający, mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, nie przedstawił jakiegokolwiek dowody na to, iżby konkretni projektanci brali udział w przygotowywaniu oferty Skarżącego.
- W przygotowywaniu oferty nie uczestniczyły osoby, będące projektantami obiektu, na okoliczność czego Odwołujący złożył wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka, pracownika Cecomm - członku skarżącego Konsorcjum. Powyższe przekonuje również o bezzasadności argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą postanowienia umowy zawartej w wyniku przedmiotowego przetargu, stawiały w uprzywilejowanej pozycji Cecomm w toku realizacji umowy, w stosunku do innych wykonawców.
- W umowie pojawia się wprost termin „Projektant," a zatem osoba fizyczna, nie zaś Spółka. Jest to szczególnie ważne, gdyż zmiana projektanta sprawującego nadzór autorski bez zgody Zamawiającego nie jest możliwa.
- za w całości chybiony i całkowicie błędny uznać należy wywód Zamawiającego, oparty na postanowieniach umowy zawieranej z wybranym wykonawcą, a dotyczących etapu wykonywania i odbioru prac. Szeroko cytowane przez Zamawiającego postanowienia umowy odnoszące się do projektanta nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla zasadności wykluczenia wykonawcy. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 1 odnosi się bowiem do ochrony zasad uczciwej

konkurencji w toku ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia, nie zaś do kolejnego etapu, jakimjest wykonywanie umowy.

- Osoba „projektanta" nie jest tożsama z Cecomm, a nadto sprawowany przez projektanta nadzór autorski nie narusza w żaden sposób zarówno zasad uczciwej konkurencji jak i przede wszystkim interesu Zamawiającego. Projektant obowiązany jest wykonywać czynności nadzoru autorskiego, za którego prawidłowe wykonanie odpowiada przez Zamawiającym. Nie dojdzie do połączenia w jednej osobie stanowiska projektanta oraz innych uczestników procesu budowlanego. Dziwić musi „obawa" Zamawiającego-Inwestora o konsekwencje nawet ewentualnego zlania uprawnień projektanta z innymi uczestnikami procesu budowlanego, skoro Prawo budowlane wprost zezwala na połączenie tych funkcji, co jest korzystne dla inwestora, albowiem z jednej strony nie ponosi on ryzyka wzajemnego „przerzucania" odpowiedzialności pomiędzy projektantem a wykonawcą, z drugiej natomiast strony daje lepszą rękojmię wykonania należycie obiektu, przez wykonawcę, który obiekt zaprojektował. Wreszcie, z uwagi na wynagrodzenie kosztorysowe, nie można też mówić o jakiejkolwiek możliwości wpływania projektanta na wysokość należnego wykonawcy wynagrodzenia bez aprobaty Zamawiającego.

- Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Wykonawcy wskazał, że w kosztorysie ofertowym Wykonawcy brak było pozycji z przedmiaru Zamawiającego oraz ich cen jednostkowych, co spowodowało, że treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ i ma decydujące znaczenie dla odrzucenia oferty. Zamawiający pozostaje w błędzie, zarówno w przedmiocie istnienia braków w ofercie Wykonawcy obejmujących pozycje z przedmiaru Zmawiającego oraz w kwestii niezgodności treści oferty Wykonawcy z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wbrew argumentom oraz uzasadnieniu przedstawionym przez Zamawiającego, Wykonawca ujął w swojej ofercie - kosztorysie ofertowym pozycje wymienione w przedmiarach Zamawiającego, kwestionowane w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu przetargu z 27 grudnia 2012r. wymienionych sześć pozycji.

Odwołujący przedstawił wyjaśnienie do każdej z kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji zawartych w zawiadomieniu, zgodnie z ustaloną tam kolejnością oraz numeracją, a które według Zamawiającego nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym;

- Odwołujący powołał się na uzasadnienie wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2011 roku w spr. KIO 689/11, gdzie Izba orzekła, że zakres przedmiotu świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca, nie wynika ze złożonego przez tego wykonawcę kosztorysu (wypełnionego przedmiaru robót), bowiem wynika z całej dokumentacji technicznej zamawiającego, zaś kosztorys ten ma znaczenie jedynie dla określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją. Ponadto, KIO stwierdziła, że brak jest podstaw do wnioskowania, iż nieujęcie pewnych pozycji (co jest równoznaczne ze skumulowaniem ich wyceny pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania

pewnych prac/ zastosowania materiałów, świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

- Odwołujący przytoczył następnie tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO/1722/10: *„Brak ujęcia w kosztorysie ofertowym jednej pozycji oraz zwiększenie ilości obmiarowej w jednej z pozycji kosztorysowej, w zakresie wskazanym przez odwołującego nie stanowił podstawy do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp."*, a także uzasadnienia wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 sierpnia 2010 r, sygn. akt KIO/UZP 1642/10: „*Brak ujęcia w kosztorysie ofertowym oddzielnych pozycji w zakresie wskazanym przez odwołującego nie stanowił podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.*"; z dnia 27 października 2008 r. (KIO/UZP 1105/08): „*sprzeczność oferty z treścią SIWZ zachodzi wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia i rozbieżności te dotyczą istotnych elementów, mających wpływ na kształt przyszłej umowy tj. zakresu przedmiotowego i podmiotowego zobowiązania, przedmiotu świadczonej usługi, warunków płatności, terminów realizacji usługi, wynagrodzenia, oraz istotnych składników przyszłej umowy pomiędzy stronami, ujętych w istotnych postanowieniach umowy mających wiązać strony.*"

- Odwołujący wskazał, że pominięta pozycja w kosztorysie, stanowiąca biurko powinna być przez Zamawiającego poprawiona. Charakter elementu specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowiącego Przedmiar Robot nakazuje uznać, że znajduje do niego zastosowanie regulacja zawarta w art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający był zatem uprawniony do poprawienia poprzez uzupełnienie złożonego przez Konsorcjum kosztorysu (wypełnionego Przedmiaru Robót*)* o te pozycje, które zostały omyłkowo pominięte. W odniesieniu do pominięcia pozycji, wynika ono z pomyłki pisarskiej, do której doszło przy przepisywaniu przedmiaru załączonego w PDF do arkusza kalkulacyjnego. Biurka o analogicznych parametrach zostały wycenione w pom.0-37, 0-38 oraz innych. Zastosowane ceny jednostkowe są takie same dla każdej z pozycji. Nawet brak tej pozycji w kosztorysie ofertowym należy potraktować jako nieistotną omyłkę. Wartość tej pozycji ujęto w cenie kompletnego wyposażenia. Powyższe przemawia za uznaniem dopuszczalności i konieczności dokonania poprawki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako dotyczącej niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, w części nieobejmującej zmiany przez Zamawiającego ceny. Odmienne rozumowanie czyniłoby iluzoryczną możliwość zastosowania mechanizmów rektyfikacyjnych przewidzianych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy do błędów w kosztorysach innych, aniżeli błędne wskazanie ilości lub nazwy pozycji, czemu przeczy intencja ustawodawcy wyartykułowana w uzasadnieniu do ustawy wprowadzającej ten przepis, a dedykowana wprost do błędów w kosztorysach.

- Wartość pominiętej przez Wykonawcę pozycji to kwota ok. 570zł, zatem wobec wartości przedmiotu zamówienia stanowi to nieistotną wartość 9cena z oferty Wykonawcy to kwota 47 308 639,48zł brutto).

- wartość wszystkich pozycji, w przedmiocie których zastrzeżenia zgłosił Zamawiający zarówno wobec ich braków w kosztorysie oraz braków ich cen jednostkowych, wynosi kwotę w granicach 21137,30 zł netto, przy wartości całej oferty 47 308639,48zł brutto, podczas gdy cena oferty, która zgodnie z decyzją Zamawiającego była najkorzystniejsza wynosi 47 954089,35zł brutto. Wobec przedmiotu zamówienia, który stanowi skomplikowane przedsięwzięcie budowlane -uwzględniając, że kosztorys ofertowy zawiera znaczną ilość pozycji, a wartość stwierdzonych omyłek (przy wynagrodzeniu kosztorysowym netto oferowanym przez Odwołującego w wysokości 47 308 639,48zł brutto) prowadziłaby do zwiększenia szacowanego w ofercie wynagrodzenia kosztorysowego o ok. 21 000 zł, stwierdzić należy, że poprawienie niezgodności oferty odwołującego z SIWZ nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

- Wskazane przez Zamawiającego niedoskonałości w treści oferty Odwołującego uznać należałoby za mało istotne, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym.

IV. Odwołujący Qumak Sekom SA w Warszawie w złożonym odwołaniu zarzucił naruszenie:

1 art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez zaniechania odrzucenia oferty Skanska SA pomimo, iż złożona przez nią oferta jest niezgodna z wymogami SIWZ,

2 art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy Skanska SA, pomimo że wybrany wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

3 art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Skanska SA mimo, że została ona wniesiona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania,

4 art. 30 ust. 5 ustawy i nieprawidłowe przyjęcie, że rozwiązania zamienne przyjęte w ofercie Skanska SA spełniają wymagania określone przez Zamawiającego, podczas gdy rozwiązania oferowane przez Skanska SA nie są równoważne,

5 art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy, poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w niniejszym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

6 art. 91 ust. 1 ustawy w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez niewybranie oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Odwołującego QumakSekom S.A.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Skanska SA i nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy wybranego;

2) wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy,

3) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł:

- Dokumentacja projektowa w Postępowaniu obejmująca branżę teletechniczną tj. System Sygnalizacji Włamania i Napadu, System Kontroli Dostępu, System Nadzoru Wizyjnego, System Sygnalizacji Pożaru, Sieci Strukturalne została oznaczona klauzulą „POUFNE" w związku z czym nie mogła być przekazana wykonawcom wraz z SIWZ w trybie art. 42 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz nie może być udostępniona w trybie art. 42 ust. 1 ustawy. Dokumentacja techniczna branży budowlanej, sanitarnej, elektrycznej, automatyka, pierwsze wyposażenie budynku oraz specyfikacje techniczne zostały oznaczone klauzula „ZASTRZEŻONE". Dokumentacja została udostępniona wykonawcom do wglądu w siedzibie Zamawiającego po uprzednim okazaniu poświadczenia bezpieczeństwa o klauzuli odpowiednio „POUFNE", „ZASTRZEŻONE" oraz okazaniu zaświadczenia o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych.
- W „Założeniach wyjściowych dla kosztorysowania'' (załącznik SIWZ) wskazane zostało w pkt 3. - założenia techniczne: zastosowane do budowy materiały i urządzenia muszą posiadać wszystkie wymagane na rynku polskim atesty Instytutu Techniki Budowlanej i świadectwa Państwowego Zakładu Higieny, itp.; zastosowane materiały muszą odpowiadać parametrom technicznym i wymaganiom określonym w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej warunków wykonania i odbioru robót; wykonawca zastosuje właściwe technologie obróbki materiałów, w celu utrzymania parametrów technicznych materiałów i zachowania gwarancji.
- Dodatkowo w odpowiedziach na pytania wykonawców Zamawiający wskazał w odniesieniu do systemu BMS (automatyka budynkowa) wytyczne dotyczące rozwiązania równoważnego;
- Zgodnie z przepisami ustawy oraz warunkami SIWZ, wykonawcy ubiegający się o dzielenie zamówienia w postępowaniu byli uprawnieni do zaoferowania rozwiązania równoważnego w stosunku do rozwiązań przedstawionych przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Na podstawie art. 30 ust. 5 ustawy, „wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym prze z zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że zaoferowane przez niego dostawy, usługi tub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego";
- Zamawiający wskazał, że nazwy własne produktów użyte w specyfikacjach technicznych,

dokumentacji projektowej oraz przedmiarze robót winny być interpretowane jako definicje standardów a nie jako nazwy konkretnych rozwiązań mających zastosowanie w projekcie. Powyższe oznacza, że oferowane urządzenia zamienne powinny odpowiadać parametrom technicznym urządzeń wymienionych w dokumentacji projektowej.

- Skanska SA w Warszawie zaoferowała urządzenia zamienne, które nie odpowiadają tym, które opisane zostały w dokumentacji. Odwołujący wskazał w powyższym zakresie na następujące elementy dokumentacji: czytniki, które są nierównoważne w stosunku do rozwiązań projektowych; niekompatybilne kontrolery i centralki z istniejącymi na obiektach - rozwiązania nierównoważne*;* zastosowane nierównoważne moduły do systemu innego producenta, na które producent urządzenia nie udzieli gwarancji; centrala nie posiada obecnie certyfikatu potwierdzającego spełnienie normy GRADE 3 wg normy EN 50131;czujki są niezgodne z normą obronną: N0-04-A004 która nie dopuszcza stosowania czujników dualnych, co świadczy o zastosowaniu urządzenia nierównoważnego; w zakresie systemu BMS - istotne rozbieżności techniczne między rozwiązaniem projektowym, a systemem przyjętym do oferty przez firmę Skanska S.A.

- Żadne z zaoferowanych przez Skanska S.A. w/w zamienników nie stanowią rozwiązań równoważnych w stosunku do rozwiązań projektowych, nie odpowiadają parametrom technicznym urządzeń wskazanych w projekcie i nie utrzymują gwarancji na urządzenia.

- Jednym z istotnych warunków SIWZ (m.in. „Założeniach wyjściowych dla kosztorysowania"), a także wzoru, która znajdzie zastosowania w trakcie realizacji było, aby proponowane urządzenia prowadziły do zachowania gwarancji. Zamawiający wymagał określonej gwarancji na urządzenia. Zaoferowane przez wybranego wykonawcę urządzenie nie zapewnia natomiast gwarancji na urządzenie. Wybrany wykonawca zaproponował urządzenie, stanowiące element większego rozwiązania, na które producent rozwiązania nie udzieli gwarancji. Ingerencja w rozwiązanie przez inny podmiot, który jest producentem elementu rozwiązania, powoduje utratę gwarancji dla całego rozwiązania. Urządzenia zamienne proponowane przez firmę Skanska S.A. nie spełniają wymagań, które określały urządzenia projektowe.

- W orzecznictwie KIO podkreśla się że*„wyrób równoważny nie musi być identyczny **z** opisanym w SIWZ. Powinien* natomiast zapewniać zakładane funkcjonalności użytkowe*,* potwierdzające w pełni przydatność wyrobu do zamierzonego stosowaniu i poziom ich jakości - niezawodności,''(wyrok KIO 2028/12 z dnia 02.10.2012 r., LEX 1225207.). Nie każde urządzenie zamienne jest równoważne i spełnia wymagania SIWZ, przez co może zostać uwzględnione przez Zamawiającego. Wykonawca posiada opinię producenta, z której wynika, że urządzenia oferowane przez SKANSKA S.A. nie są równoważne i nie nadają się do zastosowania.

- Urządzenia zawarte w ofercie SKANSKA S.A. nie doprowadzą do realizacji przedmiotu

umowy zgodnie z treścią SIWZ i dokumentacją projektową, są więc dla Zamawiającego nieprzydatne. Zachodzi uzasadniona obawa, że Zamawiający otrzyma obiekt w zupełnie innym standardzie wykonania, niż przewidywała dokumentacja projektowa. W tej sytuacji oferowane przez SKANSKA S.A. rozwiązania nie są równoważne pod względem technicznym, funkcjonalnym z rozwiązaniami projektowymi, a tym samym nie spełniają wymagań SIWZ, co oznacza że oferta wykonawcy wybranego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy.

- Skanska S.A. nie wykazała (nie udowodniła), że oferowane rozwiązania są równoważne, natomiast Zamawiający pomimo ciążącemu na nim obowiązku, nie zweryfikował czy w rzeczywistości urządzenia wymienione w ofercie wybranego wykonawcy spełniają wymagania SIWZ, w szczególności parametry techniczne oraz utrzymują warunki gwarancyjne. W dokumentacji zgromadzonej przez Zamawiającego brakjakichkolwiek dowodów,w szczególności opinii technicznych, ekspertyz, informacji od producentów, że zaproponowane przez Skanska S.A. rozwiązania mogą być uznane za równoważne w stosunku do rozwiązań projektowych.

- Opierając się na nadal aktualnej sentencji wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 14 lipca 2006 r. sygn. UZP/ZO/0-2007/06 „*Zamawiający jest zobowiązany w toku postępowania do rzetelnego ustalenia, czy zaoferowany przedmiot zamówienia odpowiada treści SIWZ oraz spełnia kryteria będące podstawą ustalenia*, *która z ofert jest najkorzystniejsza. Poprzestanie jedynie na oświadczeniach Wykonawcy oraz działanie w zaufaniu do przedkładanych dokumentów, które dodatkowo zostały zakwestionowane w toku postępowania przez Odwołującego*, *prowadzić może do wyboru* oferty która *w rzeczywistości nie jest ofertą najkorzystniejszą* u *rozumieniu ustawy Prawo Zamówień Publicznych".* Zamawiający nie zweryfikował zatem czy rozwiązania zaoferowane przez Skanska S.A. są równoważne, czy spełniają warunki opisane w SIWZ, czym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy nierówno traktując wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający pomimo, że Odwołujący zaoferował rozwiązanie zgodne z treścią SIWZ, wybrał rozwiązanie zamienne, nie sprawdzając czy jest ono równoważne w stosunku do rozwiązań projektowych, kierując się jedynie znacznie niższą ceną zamienników. Gdyby Odwołujący zastosował zamienniki zaoferowane przez Skanska SA, cena jego oferty byłaby znacznie niższa niż oferta wybranego wykonawcy.

- zmiana rozwiązania projektowego w ofercie wybranego wykonawcy nie może być uznana jako nieistotna omyłka w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy;

- Zamawiający wskazał z treści SIWZ, że w przypadku niewykazania równoważności, zgodnie z art. 87 ust. 2pkt 3ustawy Prawo zamówień publicznych dokona poprawy materiałów i urządzeń na podane w dokumentacji bez ***z***miany wynagrodzenia. Takiej zmiany Zamawiający nie dokonał, co oznacza, że przyjął rozwiązanie zamienne wskazane

w treści oferty wybranego wykonawcy, pomimo, że nie było ono równoważne.

- Zamawiający nie byłby uprawniony do zmiany oferty wykonawcy i dokonania „poprawek" rozwiązań oferowanych przez wybranego wykonawcę na rozwiązania projektowe. Taka zmiana oferty wykonawcy przez Zamawiającego jest niedozwolona. Nie jest to oczywista omyłka w rozumieniu art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy, gdyż poprawa omyłek w rozumieniu tego przepisu dotyczy tylko poprawek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zmiana rozwiązań projektowych na rozwiązania zamienne, które okazują się nierównoważone jest natomiast zmiana istotną w treści każdej oferty. W takiej sytuacji Zamawiający na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy ma obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania, gdyż jego oferta nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Taką interpretację potwierdzają liczne wyroki KIO, z których wynika, że oferta niespełniającą wymagań SIWZ podlega odrzuceniu i nie może być przez Zamawiającego poprawiana. W szczególności: „*zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZnależy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty definiowanego w art. 66Kodeksu cywilnego, czyliniezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia"*(wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 350/11*);„brak niezbędnego produktu wśród zaoferowanych, Izba uznaje za niezgodność treści ofert) z wymaganiami przedmiotowymi SIWZ, co oznacza zajście przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1pkt.2*" (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 17 grudnia 2007r. sygn. akt KIO/UZP/- 1416/07);*„Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganiom merytorycznym określonym w specyfikacji. Nie dotyczy zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez wykonawcę"* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 grudnia 2007 r. sygn. KIO/UZP/1400/07)*;„(...) oferta nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w Zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co* do zakresu, i/ości, ja kosa. *warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego*"(wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 218/08).

- nawet gdyby błędnie przyjąć, żerozwiązania zaoferowane przez wybranego wykonawcę są rozwiązaniami równoważnymi, Zamawiający nic mógł ich przyjąć/zaakceptować bez zgody

autora dokumentacji projektowej. Takiej zgody natomiast Zamawiający nie uzyskał. Ze względu na fakt, że oferowane przez wybranego wykonawcę rozwiązania stanowią zmianę w odniesieniu do rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej stanowiącej utwór w rozumieniu prawa autorskiego, ale również objętej reżimem wynikającym z prawa budowlanego, dla zaistniałej zmiany wprowadzenia rozwiązania równoważnego - Zamawiający zobowiązany był do uzyskania zgody i akceptacji autora projektu**.** Wprowadzenie zmian w dokumentacji stanowiącej przedmiot prawa autorskiego, wymaga bezwzględnej zgody autora projektu. Zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych jeżeli ustawa nie stanowi inaczej, autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, a w szczególności prawo do nienaruszalności treści i formy utworu oraz jego rzetelnego wykorzystania. Biorąc pod uwagę fakt, że na podstawie umowy o wykonanie prac projektowych zawartej przez Zamawiającego z autorem projektu (Centrum Badawczo Produkcyjno Usługowym CECOMMS.A.), projektant nie upoważnił Zamawiającego do wprowadzania zmian w projekcie, w szczególności nie upoważnił do wykonywania praw zależnych do projektu (prawa do opracowania utworu, przeróbki, adaptacji), które to zmiany wymagają zezwolenia autora projektu. Równocześnie i co ważniejsze nadzór nad projektami budowlanymi regulowany jest w prawie budowlanym. Zgodnie z art. 20 ust. 1 pkt 4 lit b) prawa budowlanego projektant jest zobowiązany i uprawniony do uzgadniania z inwestorem możliwości wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przewidzianych w projekcie. Takiego uzgodnienia Zamawiający z projektantem nie prowadził, nie uzyskał zatem zgody na zastosowanie rozwiązania zamiennego. Co więcej, spółka sporządzająca projekt budowlany była jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu. Brak akceptacji autora projektu dla wprowadzonych zmian oznaczał będzie realizację robót niezgodnie z projektem oraz wydaną na jego podstawie decyzją o pozwoleniu na budowę. To w konsekwencji doprowadzi do odmowy wydania pozwolenia na użytkowanie budynku sztabowego będącego przedmiotem postępowania.

- W ocenie Odwołującego, Skanska S.A. nie spełniła warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zdaniem odwołującego - pomimo wyjaśnień złożonych przez Skanska S.A. - wybrany wykonawca nie wykazał, że spełnił warunek. Żadna z trzech wskazanych przez Skanska S.A. budowa nie spełnia wymogu stawianego przez Zamawiającego.
- W zakresie Budowy Biblioteki Głównej Uniwersytetu Wrocławskiego Skanska S.A. nie budowała budynku, lecz prowadziła prace wykończeniowe na już wybudowanym obiekcie. Potwierdzają to wprost referencje wystawione przez Uniwersytetu Wrocławskiego, z której wynika, że budynek wzniesiony został w stanie surowym zamkniętym z gotową w znacznej części elewacją przed przystąpieniem Skanska S.A. do robót. Skanska S.A. nie wykonała

więc całego budynku, a tylko kończyła prace wykończeniowe. Świadczą również o tym daty, w których budynek powstawał. W latach 2002 - 2006 trwała budowa realizowana przez inną firmę; dopiero w latach 2009.10 - 2011 prowadziła prace Skanska S.A., z czego należy wyciągnąć wniosek, że do 2006 r. prace były w znacznej części wykonane, tj. wykonano budowę budynku. Nie jest uzasadnione powoływanie się przez na Skanska S.A. na definicję budowy w Prawie budowlanym, która jest nie tylko wykonaniem obiektu budowlanego, ale także odbudową, przebudową, nadbudową. Zamawiający wymagał bowiem wykonania w całości budowy budynku użyteczności publicznej, tj. wzniesienia obiektu budowlanego, a nie innego rodzaju budowy. Skanska nie wykazała, że budynek Biblioteki Głównej Uniwersytetu Wrocławskiego wzniosła, co potwierdzają wystawione referencje, a także informacje prasowe (i internetowe źródła), które wskazują, że Skanska S.A. prowadziła tylko prace wykończeniowe.

- Zamawiający podał(pyt. i odpowiedz nr 170), że nie uznaje za spełnienie warunków SIWZ przebudowy i nadbudowy obiektu budowlanego Zgodnie z Prawem budowlanym przebudowa dotyczy każdego istniejącego budynku budowlanego, a nie jak twierdzi Skanska S.A. budynku dopuszczonego do użytkowania. Jak wynika z referencji, budynek istniał już w momencie przystąpienia do prac na obiekcie przez Skanska S.A. Nie zostały tym samym spełnione warunki SIWZ.

- Skanska S.A. przedstawiła w ramach udostępnienia wiedzy i doświadczenia wykonaną przez Skanska USA budowę Bank Królewski Kanada, Centrum Komputerowe Stratford; wykonawca nie wykazał jednak, że powyższy budynek jest budynkiem użyteczności publicznej.Zgodnie z *rozporządzeniem (par. 3 ust. 6) Ministra Infrastruktury z dnia 12 marca 2009 r. w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie*, przez budynek użyteczności publicznej należy rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby m. in. obsługi bankowej. Wskazany przez Skanska S.A. budynek nie jest natomiast budynkiem obsługi bankowej, miejscem, gdzie dokonuje się czynności bankowych z udziałem klientów banku. Centrum Komputerowe, nawet jeżeli jest obiektem bankowym, nie jest jednak miejscem obsługi bankowej, nie jest zatem budynkiem użyteczności publicznej. Centrum komputerowe jest co najwyżej zapleczem dla działalności bankowej, a z „Poświadczenia klienta" przedłożonego przez Skanska S.A. wynika, że miejsce to jest serwerownią. Centrum komputerowe nie jest zatem dostępne dla klientów banku, powszechnym miejscem przebywania ludzi. Taki budynek nie spełnia rygorów stawianych dla budynków użyteczności publicznej. Wybrany wykonawca nie wykazał również, że budynek ten spełnia parametry ustawowe stawiane w polskich ustawach i rozporządzeniach dla budynków użyteczności publicznej.

- Również kompleks budynków City administrativa nie spełnia wymagań stawianych dla wykonawców. Budynki te jedynie kompleksowo, łącznie spełniają wymagania kwotowe dla

systemów ochrony technicznej i powierzchniowe stawiane przez Zamawiającego, tj. kwotę 10 mln złotych i pow. 23.500 m³.Żaden z budynków nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu. Wartość każdego z budynków w zakresie systemów ochrony technicznej osobno wynosi poniżej założonej przez Zamawiającego kwoty 10 mln zł. Każdy z budynków oceniany musi być natomiast osobno, niezależnie od twierdzenia Skanska S.A., że jest to realizacja jednego zadania inwestycyjnego. Skanska S.A. nie wykazała, że było to jedno zadanie inwestycyjne, realizowane w ramach jednego przetargu, a kwoty wskazywane osobno za dany budynek wskazują, nie były to różne inwestycje, finansowane odrębnie. Zamawiający stawiał bowiem warunek co do budowy budynku użyteczności publicznej o określonej kwocie. Tylko w ten sposób Zamawiający mógł potwierdzić czy wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia miał doświadczenie w określonym przedmiocie, niezbędnym dla wykonania zamówienia w postępowaniu. Zamawiający przyjął, że dla każdego z budynków wartość systemów musi wynosić co najmniej 10 mln.

V. Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniach; złożył w dniach 16 oraz 17 stycznia odpowiedzi na odwołania, wnosząc o ich oddalenie.

Odwołania wymienionych wykonawców zostały połączone do łącznego rozpatrzenia.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy (spr. KIO 20/13), przystąpienia złożyli QumakSekom SA w Warszawie oraz SKANSKA SA w Warszawie - po stronie Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem QumakSekom SA w Warszawie (spr. o sygn. KIO 29/13) przystąpienia złożył wykonawca SKANSKA SA w Warszawie – po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PRZESŁANKI DO ODRZUCENIA ODWOŁAŃ

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że obaj wykonawcy, których odwołania podlegają rozpatrzeniu, posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W razie potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniach odpowiednich odwołujących, każdy z nich będzie miał szanse na uzyskanie zamówienia: oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy jest oferta najkorzystniejszą według kryterium oceny stanowiącego cenę, zatem w razie potwierdzenia zarzutów wskazujących na nieprawidłowe wykluczenie tych wykonawców oraz odrzucenie ich oferty – wykonawcy ci mogliby uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Podobnie, wykonawca QumakSekom SA w Warszawie, jeśli zarzuty podniesione w jego odwołaniu znajdą potwierdzenie, przy jednoczesnym ostaniu się decyzji Zamawiającego o wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy lub odrzuceniu tej oferty, może uzyskać zamówienie.

III. ZAKRES ROZSTRZYGNIĘCIA W ZAKRESIE PODNIESIONYCH ZARZUTÓW

1. Każde z odwołań podlegało rozstrzygnięciu w zakresie, jaki wynikał z podniesionych zarzutów. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie*

*przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. "*Podobnie wypowiedział się Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „*W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów nie zwartych w odwołaniu. (…) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia."*

Innymi słowy, odwołanie powinno konkretyzować zarzuty, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny ich zasadności. W szczególności, zawierając zarzuty niezgodności konkurencyjnej oferty z SIWZ, powinno wskazywać te postanowienia, którym, w ocenie odwołującego, oferta nie odpowiada.

Na gruncie analizowanej sprawy, w zakresie odwołania złożonego przez Qumak Sekom SA w Warszawie, relatywnie ogólny sposób prezentacji zarzutów wskazujących na zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty SKANSKA SA w Warszawie jako niezgodnej z SIWZ, w tym niewskazanie treści jej postanowień, szczegółowych wymagań, którym ma nie odpowiadać treść oferty, uzasadniony jest osadzeniem ich w treści niejawnej części SIWZ (objętej klauzulami ochrony informacji niejawnych w rozumieniu ustawy z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, Dz.U. Nr 182, poz. 1228). Ponadto, odwołanie, pomimo sygnalizowanej w jego treści, niejako blankietowej prezentacji szczegółowych podstaw odrzucenia oferty SKANSKA SA w Warszawie (zapowiedzi przedstawienia na rozprawie szczegółowego rozwinięcia odwołania: „*Ze względu na fakt, że dokumentacja projektowa jest objęta klauzulami „POUFNE", „ZASTRZEŻONE Odwołujący nie powołuje w niniejszym odwołaniu wprost konkretnych rozwiązań tej dokumentacji, odnosi się jednak do jawnej oferty wybranego wykonawcy wskazując na rozwiązania nierównoważne do założeń projektowych.*

Wyjaśnienia szczegółowe Odwołujący przedstawi na rozprawie przy zachowaniu tajności postępowania") pozwala na odczytanie treści zarzutów w sposób umożliwiający uchwycenie ich źródła, w tym ustalenie tych postanowień SIWZ, z którymi niezgodności oferty upatruje Odwołujący.

Z tego względu, zarzuty podniesione w odwołaniu QumakSekom SA w Warszawie w całości podlegały rozpoznaniu.

2. Z uwagi na nadanie części SIWZ przez Zamawiającego klauzuli „poufne" oraz „zastrzeżone" oraz osadzenie części zarzutów w odwołaniu QumakSekom SA w Warszawie w treści tej dokumentacji, postępowanie odwoławcze musiało być prowadzone z uwzględnieniem rygoryzmów z tego wynikających. Powyższe determinowało ogólniejszy, bardziej uniwersalny sposób prezentacji zarzutów a także odniesienia ich do treści dokumentacji, bezpośrednio odsyłający do jej jednostek redakcyjnych, umiejscowienia w dokumentacji, bez szczegółowego przytaczania treści. Powyższe względy determinowały następnie przedstawienie motywów dokonanego rozstrzygnięcia w sposób nie nawiązujący wyraźnie do nazw zastosowanych materiałów (zarówno w części nawiązującej do zawartości przedmiaru, jak i zaproponowanych przez wykonawców materiałów lub ich zamienników, w ramach skorzystania z możliwości zaoferowania rozwiązań i materiałów równoważnych), a poprzestanie na rozstrzygnięciu co do zasady o trafności podniesionych zarzutów oraz ogólnym odesłaniu do szczegółowych elementów stanu faktycznego sprawy.

IV. W ZAKRESIE POSTAWIONYCH W ODWOŁANIACH ZARZUTÓW UWZGLĘDNIONO OKOLICZNOŚCI:

[1] podniesiony w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy zarzut bezpodstawnego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy:

Podniesiony w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy zarzut nie znalazł potwierdzenia. Dokonane przez Zamawiającego wykluczenie osadzone zostało w treści przepisu art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Dla zaistnienia obowiązku wykluczenia wykonawcy, konieczne jest łączne wystąpienie wskazanych w przepisie przesłanek. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego wyklucza się wykonawców, którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji. Obowiązek wykluczenia wykonawcy aktualizuje się zatem, gdy wykonawca bezpośrednio wykonywał czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem. Ustawa, przez „przygotowanie postępowania" rozumie czynności podejmowane przez zamawiającego (jego pracowników, jednostki organizacyjne lub osoby trzecie, którym na podstawie art. 15 ust. 2 ustawy może on powierzyć przygotowanie postępowania) - w Rozdziale II „Przygotowanie postępowania”, art. 29 - 38 ustawy, do których zaliczyć należy: dokonanie opisu przedmiotu zamówienia; w przypadku robót budowlanych - sporządzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, programu funkcjonalno - użytkowego; oszacowanie wartości przedmiotu zamówienia poprzez sporządzenie kosztorysu inwestorskiego; przygotowanie specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem, wykluczenie wykonawcy z postępowania z przyczyny podanej w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy może nastąpić jedynie w przypadku łącznego zaistnienia wszystkich koniecznych przesłanek, to jest :

- wykonywania czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, lub posługiwania się do sporządzenia oferty osobami dokonującymi takich czynności,
- bezpośredniego wykorzystania rezultatu tych prac przez zamawiającego,
- utrudnienia uczciwej konkurencji, skutkiem udziału wykonawcy uczestniczącego wcześniej w przygotowaniu postępowania.

Obowiązek wykluczenia z postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy nie jest absolutny. Zamawiający nie może automatycznie wykluczyć z postępowania wykonawcy, który wykonywał czynności związane z prowadzonym postępowaniem albo posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem – konieczna jest bowiem analiza wystąpienia przesłanki negatywnej wykluczenia z postępowania. Wystąpienie powyższych okoliczności nie może stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli udział tego wykonawcy nie utrudni uczciwej konkurencji. Kierunek wykładni tej przesłanki wyraził Europejski Trybunału Sprawiedliwości jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy, co zachowuje aktualność również na gruncie obecnych regulacji. Zgodnie z wyrokiem Trybunału z dnia 3 marca 2005 r. (w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 w postępowaniach Fabricom S.A. przeciwko Państwu belgijskiemu), dyrektywy Rady odnoszące się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy, roboty

budowlane, w szczególności przepisy zobowiązujące zamawiających do zagwarantowania, że nie będzie dyskryminacji pomiędzy wykonawcami stoją na przeszkodzie zasadzie, zgodnie z którą nie dopuszcza się do złożenia wniosku o uczestnictwo lub złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi przez osobę, na której spoczywa obowiązek wykonania prac o celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych w zakresie tych robót budowlanych, dostaw i usług, bez umożliwienia tej osobie wykazania, że w danym przypadku zdobyte przez nią doświadczenie nie mogło zniekształcić konkurencji.

Tym samym, zwykle wykonawca, który przygotowywał postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (lub przy przygotowaniu oferty posługiwał się osobami, które postępowanie przygotowywały) ma przewagę konkurencyjną nad innymi wykonawcami w tym postępowaniu, co ma miejsce zarówno wtedy, gdy np. zainspirowałby pewne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i wtedy, gdyby wcześniej aniżeli inni znał jej treść. Każdorazowo konieczne jest zatem przesądzenie, czy udział wykonawcy albo osoby, która brała udział w przygotowaniu postępowania nie utrudni w konkretnej sytuacji uczciwej konkurencji. Jeśli więc udział takiego wykonawcy lub osób nie utrudni uczciwej konkurencji, sam fakt uczestnictwa w fazie przygotowawczej postępowania nie stanowi przesłanki wykluczenia. Wykluczenie może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy wykonawca lub osoba, którą posługuje się on w celu sporządzenia oferty, mogły wpłynąć na kształt opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jest w stosunku do pozostałych wykonawców uprzywilejowany, zaś zamawiający nie może zrównoważyć ich pozycji w postępowaniu, np. poprzez zapewnienie wyczerpujących wyjaśnień, przedłużanie terminu składania ofert lub wniosków albo modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeśli okaże się, że rozwiązania w niej nieprzewidziane mogą spełnić wszystkie oczekiwania zamawiającego.

Ocena wpływu na utrudnienie uczciwej konkurencji udziału w postępowaniu wykonawcy lub osób, które brały udział w przygotowaniu postępowania musi być dokonywana w okolicznościach konkretnej sprawy. Jeżeli wiedza zdobyta w wyniku uczestnictwa w czynnościach związanych z przygotowaniem postępowania daje przewagę wykonawcy nad pozostałymi uczestnikami postępowania, przez co ma on możliwość przygotowania oferty na lepszych warunkach, udział takiego wykonawcy będzie mógł być oceniony, jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie bez znaczenia dla ustalenia wystąpienia naruszenia konkurencji pozostaje zakres informacji pozyskanych przez wykonawcę, jak również charakter przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze, w analizowanej sprawie, postępowanie o zamówienie toczy się w warunkach ograniczonej jawności dla uczestników (co wynika z zastrzeżenia części dokumentacji klauzulami „zastrzeżone” i „poufne”). Dostęp do informacji, w tym pełnej

dokumentacji postępowania dla wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu nie był całkowicie swobodny, ale wymagał podjęcia dodatkowych czynności, w tym przedstawienia osoby zapoznającej się z dokumentacją, która będzie wyposażona w dostęp do informacji niejawnych na odpowiednim poziomie. Z powyższym utrudnieniem, całość informacji o przedmiocie zamówienia była dostępna na równych warunkach wszystkim wykonawcom zainteresowanym wzięciem udziału w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczność sporządzenia przez jednego z wykonawców (członka Konsorcjum Odwołującego, to jest Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy) dokumentacji postępowania, w tym możliwość wcześniejszego zapoznania się z jej zawartością są bezsporne. Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy przygotowała bowiem dokumentację projektową, która stanowi w przedmiotowym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia, a zatem całokształt wymagań stawianych przez Zamawiającego wobec oczekiwanej realizacji zamówienia. Na przedmiotową dokumentację składają się, zgodnie z zawartą z Zamawiającym Umową z dnia 19 sierpnia 2009 r. prace przedprojektowe (aktualizacja mapy syt-wys + uzbroj. Terenu, badania geotechniczne, program inwestycji, wniosek o uzyskanie decyzji ULICP), następnie projekt budowlany, projekty wykonawcze, opracowania kosztorysowe, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz założenia wyjściowe do kosztorysowania. Wykonawca obowiązany był przekazać Zamawiającemu wymienione dokumenty wraz analizą porównawczą kosztów i zestawieniem środków trwałych oraz harmonogram (§ 3 ust. 1 umowy). Jednocześnie, na podstawie wskazanej umowy, wykonawca jest zobowiązany do sprawowania nadzoru autorskiego w trakcie wykonywania robót (§ 5 ust. 4 i 5 umowy) a także do uzupełniania i nanoszenia poprawek w dokumentacji projektowej, w razie stwierdzenia błędów w dokumentacji.

Po drugie, w ramach obowiązków wynikających z przedmiotowej umowy, wykonawca był obowiązany do dokonania uzgodnień dokumentacji z rzeczoznawcą BHP, rzeczoznawcą ppoż, Wojskowym Ośrodkiem Medycyny Prewencyjnej, Regionalnym Węzłem Łączności, Użytkownikiem i administratorem obiektu, pełnomocnikiem informacji niejawnych DWSpec, zarządcą tj. Rejonowym Zarządem Infrastruktury w Krakowie, Komisją Koordynacji Usytuowania Projektowanych Sieci Uzbrojenia Terenu przy Rejonowym Zarządzie Infrastruktury w Krakowie(w przypadku sieci zewnętrznych i dróg), Delegaturą WIGE, Delegaturą WOP.

Powyższe wyczerpuje dwie pierwsze przesłanki stawiane dla zaistnienia podstawy wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Niewątpliwym jest wykonywanie przez Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowego CECOMM SA w Bydgoszczy czynności związanych związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania, co oznacza przygotowanie przez ten podmiot dokumentacji stanowiącej

podstawę do oszacowania wartości i przeprowadzenia postępowania, a następnie udzielanie wyjaśnień wobec brzmienia tej dokumentacji. Wbrew stanowisku Odwołującego, chodzi tu nie o udział w sporządzeniu oferty osób, które przygotowywały postępowanie, ale o wykonywanie przez wykonawcę czynności związanych z przygotowaniem prowadzonego postępowania. Na podstawie zawartej w dniu 19 sierpnia 2009 r. umowy, to Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy opracowało dokumentację, bez znaczenia jest przy tym, wynikająca z przepisów samodzielność projektanta. Okoliczność, że wykonawca posługuje się osobami, którym odpowiednie przepisy przyznają pewien zakres samodzielności, nie oznacza, że osoby wykonują czynności samodzielnie i na własny rachunek. Te czynności wykonywane były w imieniu Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowego CECOMM SA w Bydgoszczy; to ten podmiot podpisał umowę i przekazywał Zamawiającemu dokumentację oraz projekty wyjaśnień treści SIWZ. Wbrew stanowisku prezentowanemu w odwołaniu, nie stanowi przeszkody dla uznania, że Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy brało udział w przygotowaniu postępowania fakt, że czynności te były wykonywane na podstawie innej umowy, w innym postępowaniu: trudno oczekiwać, by były to czynności świadczone na podstawie umowy zawartej w postępowaniu, które dopiero zmierza do wyłonienia wykonawcy.

Także rezultat tych prac został przez Zamawiającego bezpośrednio wykorzystany do przeprowadzenia postępowania. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, dokumentacja nie została przygotowana przed czterema laty wobec daty wszczęcia postępowania, bowiem o ile umowę na opracowanie dokumentacji zawarto w dniu 19 sierpnia 2009 r., to była ona wykonywana znacznie dłużej. Zamawiający przedłożył sześć aneksów do tej umowy, przy czym z ostatniego, z dnia 30 czerwca 2011 r. wynika ostateczny termin wykonania dokumentacji (II etap) w dniu 12 sierpnia 2011 r. Ponadto, na podstawie tej umowy wykonawca zobowiązany był do dalszych czynności po przekazaniu dokumentacji, w tym udzielania wyjaśnień w toku postępowania o zamówienie publiczne dotyczącego robót budowlanych, a także nadzoru autorskiego w trakcie wykonywania umowy o roboty budowlane. W istocie, wykonywanie tej umowy trwa nadal, zaś rezultat prac wykonawcy posłużył bezpośrednio jako opis przedmiotu zamówienia, co więcej, w trakcie postępowania wykonawca kreował ten przedmiot udzielając wyjaśnień do SIWZ na zadawane przez konkurencyjnych wykonawców zapytania.

Jakkolwiek wcześniejsze poznanie dokumentacji postępowania, szczególnie wtedy, gdy jest ona obszerna i skomplikowana, w także nie w pełni i bez ograniczeń dostępna w każdym czasie i okolicznościach, niewątpliwie stawia w dogodniejszej pozycji wykonawcę, to to udogodnienie musi mieć jeszcze charakter takiego, który utrudni uczciwą konkurencję. Zniwelować tę nierównowagę może w konkretnej sytuacji, przykładowo, odpowiednio długi

termin między opracowaniem i udostępnieniem w postępowaniu dokumentacji a terminem składania ofert. W analizowanej sprawie, z uwagi na charakter postępowania, nieskrępowany dostęp do dokumentacji był utrudniony. Także relatywnie długi termin od udostępnienia dokumentacji do momentu składania ofert nie jest wystarczający dla uznania, że nastąpiło wyeliminowanie czynnika przewagi konkurencyjnej wykonawcy, który opracował dokumentację postępowania. Podkreślenia bowiem wymaga, że udział wykonawcy Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy nie obejmował jedynie opracowania komponentu przedmiotowego postępowania i przekazania go do wykorzystania Zamawiającemu.

Udział wykonawcy w przygotowaniu postępowania przejawiał się również pomocą na etapie prowadzonego postępowania, co wyrażają udzielane przez ten podmiot, jako autora dokumentacji postępowania, wyjaśnienia na zadawane w toku postępowania wątpliwości co do rozumienia SIWZ (art. 38 ust. 1 ustawy). Do takich wyjaśnień wykonawca został zobligowany na mocy § 7 umowy, zgodnie z którym w przypadku niemożliwości udzielenia odpowiedzi przez Inwestora na zapytania oferentów w trakcie przetargu na roboty budowlane, wykonawca na wezwanie Zamawiającego zobowiązuje się do udzielenia odpowiedzi w terminie 48 godzin w formie pisemnej. Wykonawca przygotowywał projekty takich wyjaśnień wielokrotnie: na wezwania Zamawiającego z 17 września 2012 r.; 8 października 2012 r.;30 października 2012 r. a także, wobec licznych pytań o roboty nie ujęte w przedmiarach (około 40 pozycji) został zobowiązany do opracowania nowego zamiennego przedmiaru robót branży budowlanej (wezwanie Zamawiającego z 23 października 2012 r.). Należy przy tym zwrócić uwagę, że wyjaśnienia treści SIWZ mają to znaczenie, że dokonują interpretacji zamierzeń i intencji, jakie legły w brzmieniu poszczególnych postanowień dokumentacji, zatem podmiot udzielający tych wyjaśnień dysponuje szczególną wiedzą, co przyświecało w zakresie tych postanowień, które są przedmiotem zapytania. Dodatkowo, należy mieć na uwadze, że niejednokrotnie wyjaśnienia treści SIWZ sprowadzają się nie tylko do udzielenia odpowiedzi, jak rozumieć poszczególne postanowienia SIWZ, ale mają charakter kształtujący: wielokrotnie zadawane pytania nie są jedynie wnioskami o wyjaśnienie znaczenia postanowień SIWZ, ale wyrażają postulat ich konkretnej zmiany, względnie dopuszczenia pewnych rozwiązań. Taka też sytuacja miała miejsce w tym postępowaniu. Jako przykład można podać zapytanie Skanska SA w Warszawie z 10 września 2012 r. zawierające postulat zmiany drzwi na stalowe lub inne, spełniające postulat dymoszczelności. W wyjaśnieniach treści SIWZ mieści się zatem element działania intencjonalnego, decydującego o takim a nie innym kształcie SIWZ, a w konsekwencji – takich lub innych obowiązkach wykonawców. Dodatkowo, niejednokrotnie wyjaśnienia treści SIWZ niosą informacje, jakie rozwiązanie jest zalecane – przykładowo dotyczy to zalecanych czytników dostępu w konkretnym standardzie czy

pamięci do kart do zintegrowanego systemu kontroli dostępu w SZ RP. Wyrażają one zatem preferencje, które mogą być odmienne dla różnych wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu.

Należy przy tym pamiętać, że udzielane wyjaśnienia dotyczyły w znaczącej mierze dokumentacji projektowej, a zatem tej części dokumentacji postępowania, która następnie, na etapie oceny ofert decydowała o uznaniu konkretnej oferty za zgodną z SIWZ lub jej nie odpowiadającą. Przez ten pryzmat należy także rozpatrywać udział wykonawcy (członka konsorcjum) w przygotowaniu postępowania w zakresie przygotowywania projektów wyjaśnień na zadawane przez konkurencyjnych wykonawców pytania do SIWZ.

Zakres udzielonych odpowiedzi, ich liczba obrazuje dokumentacja postępowania; ostatnie wyjaśnienia treści SIWZ zostały zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego w dacie 8 listopada 2011 r., podczas gdy termin składania ofert upływał w dniu 15 listopada 2012 r.

Biorąc zatem pod uwagę:

- fakt przygotowania dokumentacji postępowania oraz udzielania wobec jej treści wyjaśnień na zapytania konkurencyjnych wykonawców, co wyraża znajomość intencji wynikających z odpowiedzi na pytania,
- poznanie podmiotów, które wykazały zainteresowanie przedmiotowym postępowaniem (co zaś wynika z posiadania dostępu do zapytań wykonawców zawierających wnioski o wyjaśnienie SIWZ), co pozwalało w pewnym stopniu rozeznać podmioty konkurencyjne a także planowane przez tych wykonawców rozwiązania (na etapie przed złożeniem oferty dane wykonawców wyrażających zainteresowanie postępowaniem nie są wszak udostępniane);
- okoliczność znajomości intencji i oczekiwań podmiotów trzecich, z którymi uzgodnienia wymagała dokumentacja postępowania, co z kolei warunkuje bardziej adekwatną treścią oferty, wpisującą się w szczegółowe wymagania, jakie zostały postawione w tym postępowaniu;
- łatwiejszy dostęp do niejawnej części dokumentacji, której autorem jest jeden z członków konsorcjum Odwołującego;
- udzielanie wyjaśnień treści SIWZ w terminie bezpośrednio poprzedzającym termin złożenia oferty (ostatnie wyjaśnienia zamieszczone zostały na stronie Zamawiającego 8 listopada 2012 r., podczas gdy termin składania ofert upływał 15 listopada 2012 r.),

należało uznać, że zestaw wskazanych okoliczności rozpatrywanych łącznie, przemawia za uznaniem, że w warunkach tej konkretnej sprawy, udział wykonawcy Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy w ramach konsorcjum z Zakładem Techniczno – Budowlanym POLBAU spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu utrudnił uczciwą konkurencję. Bezspornie, inni wykonawcy nie dysponowali wiedzą, jaką

posiadał wykonawca Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy w związku z przygotowaniem dokumentacji postępowania oraz czynną rolą w toku postępowania polegającą na wyjaśnianiu treści SIWZ. Te czynności nie sprowadzały się jedynie do technicznego podania wykonawcom treści ustalonych postanowień SIWZ, ale także do aktów kształtujących te postanowienia. Mowa tu o rekomendacjach w zakresie zmiany SIWZ czy dodania pewnych pozycji przedmiarowych.

Nie sposób przy tym podzielić argumentacji prezentowanej przez Odwołującego, że ewentualną przewagę konkurencyjną wykonawcy biorącego udział w przygotowaniu dokumentacji postępowania Zamawiający obowiązany był zniwelować wyznaczając odpowiednio długi termin na złożenie ofert, co pozwoliłoby wykonawcom uzyskać analogiczny dostęp do informacji a także zrównoważyć fakt, że mieli oni mniej czasu na przygotowanie się do zmian tej dokumentacji. Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywać terminu składania ofert w związku z faktem, że jeden z wykonawców, potencjalnie zainteresowanych postępowaniem znajduje się, w związku z przygotowywaniem dokumentacji w stanie przewagi konkurencyjnej. Co więcej, Zamawiający nie musi mieć wiedzy, że taki wykonawca wystąpi w postępowaniu i że może wystąpić tego rodzaju przewaga podmiotu.

Powyższe determinuje wniosek, że Zamawiający w sposób uprawniony dokonał oceny, iż w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy zaistniały przesłanki do wykluczenia, o których mowa wart. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy. Zamawiający wykazał przesłanki określone w powołanym przepisie, w tym okoliczność, że członek konsorcjum - Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy wykonywał bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania, w tym także że udział tego wykonawcy, działającego w konsorcjum, utrudni uczciwą konkurencję.

[2] podniesiony w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy zarzut zaniechania wezwania do wyjaśnień co do ewentualnego istnienia przesłanki do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy:

Z opisanych wyżej względów, należy uznać, że Zamawiający miał podstawy do uznania, że zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia publicznego: Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy. Okoliczności współpracy Zamawiającego z wykonawcą, w tym fakt przygotowania dokumentacji postępowania, będącej bezpośrednio podstawą do przeprowadzenia postępowania jest niewątpliwy, a wiedza na ten temat pozostawała w dyspozycji Zamawiającego, który jest przecież stroną umowy z Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowym CECOMM SA w Bydgoszczy i szczegółowo zna obowiązki, jakie w związku z tą umową ciążą na wykonawcy a także wpływ realizacji tych obowiązków na przebieg i losy tego postępowania. Nie sposób zatem upatrywać obowiązku Zamawiającego wyjaśnienia okoliczności dotyczących przesłanki do wykluczenia z postępowania.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, że dyspozycja przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczy wyjaśnienia treści oferty, przez co należy rozumieć merytoryczny aspekt zaoferowanego świadczenia w postępowaniu, nie zaś okoliczności związane ze sferą podmiotową wykonawcy, w tym podstawy do wykluczenia go z postępowania.

W analizowanej sprawie, podstawa do wykluczenia opisana w art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy wynika wprost z okoliczności faktycznych sprawy, brak wiec było podstaw do wyjaśniania tej kwestii przez Zamawiającego.

W konsekwencji nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, a także art. 87 ust. 1, poprzez zaniechanie jego zastosowania, nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy oraz art. 7 ust. 1 ustawy.

[3] podniesiony w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy:

Zarzut stawiany w powyższym zakresie nie znalazł potwierdzenia. Bezspornym jest, że Odwołujący w złożonej ofercie – kosztorysie ofertowym pominął szereg pozycji wymaganych przez Zamawiającego i ujętych w przedmiarze.

Bezspornym jest także, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Zamawiający nie zawarł w SIWZ, na wypadek pominięcia pozycji w kosztorysie ofertowym (innych, aniżeli w razie zastosowania niewłaściwych materiałów równoważnych – pkt 7 SIWZ) postanowień o charakterze sanacyjnym tego

rodzaju, które by pozwalały uznać pominięte przez wykonawcę pozycje przedmiaru za ujęte i wycenione w innych pozycjach. Niemniej jednak zamawiający każdorazowo, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy winien – po pierwsze - uzyskać całkowite przekonanie, że oferta jest niezgodna z SIWZ, a następnie rozważyć możliwość poprawienia takiej niezgodności na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Powyższy obowiązek zamawiającego nie doznaje ograniczenia w postępowaniu, w którym przewidziano wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje natomiast zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sformułowania przywołanego przepisu „treść oferty" i „treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia" jednoznacznie nakazują odnieść go do aspektu merytorycznego. Zgodnie z wypracowanym w orzecznictwie Izby poglądem, treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia to, przede wszystkim, opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Świadczenie wykonawcy ma odpowiadać opisanym w SIWZ potrzebom zamawiającego. Ich porównanie (opisu wymagań zamawiającego do zobowiązania wykonawcy) przesądza o tym, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytoryczne wymagania zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia stanowią podstawę oceny zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W analizowanej sprawie Odwołujący pominął osiem pozycji przedmiaru, a także dodatków biurko w pomieszczeniu 39, przy czym na etapie postępowania odwoławczego wyjaśniał powyższe ujęciem w innych pozycjach przedmiaru. Podkreślenia jednak wymaga, że w powyższym zakresie nie mamy do czynienia z zastosowaniem rozwiązania równoważnego, które by mogło stanowić odstępstwo od brzmienia poszczególnych pozycji przedmiarowych. Wyspecyfikowane przez Zamawiającego, pominięte pozycje w kosztorysie wykonawcy nie znalazły odzwierciedlenia w innych pozycjach. Sam wykonawca nie zawarł także jakichkolwiek informacji, pozwalających na przyjęcie, że te konkretne pozycje zostały odzwierciedlone w innym miejscu kosztorysu, w ramach innych jego pozycji, a to z uwagi na specyfikę opisanych tam materiałów czy robót.

Zamawiający nie miał zatem podstaw dla uznania, że owe pominięte pozycje zostały

uwzględnione w jakikolwiek sposób, i – co istotne – wycenione w kosztorysie. W warunkach wynagrodzenia kosztorysowego ma to o tyle znaczenie, ze o rzeczywistym, należnym wynagrodzeniu wykonawcy decyduje ilość rzeczywiście wykonanych robót, zastosowanych materiałów, których ceny zaoferowane przez wykonawcę mają zasadnicze znaczenie dla ustalenia jego wynagrodzenia.

Pominięcia pozycji przedmiaru, przy braku analogicznych elementów w dalszej części kosztorysu nie dawały Zamawiającemu podstawy do ustalenia wynagrodzenia, jakie w tym zakresie można by ewentualnie przypisać pominiętym pozycjom. Ewentualna poprawa, polegająca na samodzielnym dopisaniu przez Zamawiającego pominiętych pozycji ostatecznie nie mogłaby być dokonana, a to z uwagi na brak możliwości przypisania tym pozycjom wynagrodzenia, jakiego wykonawca oczekiwałby w tym zakresie.

Przepis art. 87 ust.2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stanowi, iż zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki (oprócz oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych), polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, które nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W okolicznościach analizowanej sprawy, Zamawiający nie miał możliwości z zastosowaniem tego przepisu uzupełnienia oferty wykonawcy o pominięte pozycje z przedmiarów, w tym przede wszystkim przypisania tym pozycjom odpowiedniego wynagrodzenia. Z jednej strony Zamawiający musiałby bowiem odgadywać, jakie ceny przypisać tym pozycjom, z drugiej zaś tego rodzaju samodzielna korekta Zamawiającego skutkowałaby zmianą ceny oferty (jej podwyższeniem) poprzez dokonywanie wyceny tych pozycji, według podstaw i zasad nie podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani niemożliwych do ustalenia na podstawie zawartości oferty. W związku z tym, iż wykonawca pominął w ofercie pozycje i przy braku możliwości samodzielnego ustalenia przez Zamawiającego ich wartości na podstawie oferty Odwołującego, oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem zastosowanie podstaw wyceny nie przewidzianych specyfikacją prowadziłoby w konsekwencji do naruszenia zasady równego traktowania uczestniczących w tym postępowaniu wykonawców, o której stanowi art. 7 ustawy.

[4] podniesiony w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy zarzut zaniechania poprawienia oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy:

W powyższym zakresie, odmiennie, aniżeli w odniesieniu do pominiętych pozycji przedmiaru, Zamawiający miał podstawy do dokonania poprawy z zastosowaniem regulacji

art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Pominięta pozycja (biurko) występuje bowiem w innych, dalszych pozycjach kosztorysu i jest tam wyceniona na kwotę 570 zł. Powyższe dawało Zamawiającemu podstawę do dokonania poprawy.

Dostrzeżenia przy tym wymaga, iż poprawienie omyłek pisarskich i rachunkowych oraz niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi obowiązek zamawiającego, który aktualizuje się, ilekroć zajdą okoliczności opisane w dyspozycji powołanego przepisu.

Jeśli zatem Zamawiający, na podstawie treści oferty dysponował wystarczającymi danymi, by dokonać samodzielnie poprawy, co w tym wypadku odnosi się do wyceny pominiętej pozycji, miał pełną możliwość (a wręcz obowiązek) dokonania takiej poprawy, polegającej na uzupełnieniu kosztorysu o pominiętą pozycję oraz przypisanie jej odpowiedniego, na podstawie innych pozycji kosztorysu wynagrodzenia.

Zarzut stawiany w tej mierze znalazł zatem potwierdzenie.

Uwzględniając jednak, że Odwołujący z powodów wyżej opisanych podlega wykluczeniu, zaś jego oferta odrzuceniu, powyższe pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

[5] podniesiony w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Zakład Techniczno – Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Opolu oraz Centrum Badawczo – Produkcyjno – Usługowe CECOMM SA w Bydgoszczy naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy przez uznanie, że oferta Odwołującego nie jest najkorzystniejszą:

Ze względów wyżej opisanych, nie znalazły potwierdzenia także dalsze, będące konsekwencją wcześniejszych zarzutów postulaty dotyczące naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy. Wobec potwierdzenia, że Odwołujący podlega wykluczeniu, a Jego oferta odrzuceniu, nie sposób przyjąć stanowiska prezentowanego przez Odwołującego, że Jego oferta jest najkorzystniejsza. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[6] podniesiony w odwołaniu QumakSekom SA w Warszawie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty SKANSKA SA w Warszawie:

Stawiany zarzut nie znalazł potwierdzenia. Odwołujący powyższy zarzut osadził w ocenie, że zaproponowane przez Skanska SA w Warszawie jako równoważne materiały, wobec tych, jakie opisano w przedmiarze, w istocie nie spełniają wszystkich walorów, cech i parametrów, jakie można przypisać materiałom i urządzeniom podanym w dokumentacji.

Dokonując oceny powyższego zarzutu, w pierwszym rzędzie dostrzeżenia wymaga, że nawet niezachowanie wymagań dotyczących równoważności zaoferowanych przez danego wykonawcę materiałów i urządzeń, nie prowadzi do uznania oferty za niezgodną z SIWZ. Zamawiający na użytek przedmiotowego postępowania wprowadził szczególne postanowienia dotyczące sytuacji, gdy wykonawca nie respektował wymogów w zakresie równoważności i zaproponował elementy, które nie będą spełniały wymagań.

Zamawiający przewidział w pkt 7 SIWZ, że dopuszcza rozwiązania równoważne opisywanym za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w art. 30 ust. 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych; wszelkie nazwy własne produktów użyte w specyfikacjach technicznych, dokumentacji projektowej oraz przedmiarze robót winny być interpretowane jako definicje standardów, a nie jako nazwy konkretnych rozwiązań mających zastosowanie w projekcie. Produkty takie można zastąpić materiałami/urządzeniami równoważnymi innych producentów, a jeśli zmiana ta spowoduje koszty dodatkowe, to ponosi je Wykonawca. W przypadku zastosowania równoważnych zamiennych, materiałów lub urządzeń ich zestawienie wraz parametrami technicznymi należy dołączyć do kosztorysu ofertowego. Nieumieszczenie w zestawieniu zamiennych, równoważnych materiałów i urządzeń oznaczać będzie, że w trakcie realizacji prac zastosowane będą materiały i urządzenia wynikające z dokumentacji projektowej. Zamawiający zastrzegł, że zgodnie z art. 30 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane przez Zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego. Zamawiający podkreślił wreszcie, że w przypadku wątpliwości, co do równoważności zaproponowanych w ofercie zamienników, Zamawiający na etapie badania oferty może wymagać wykazania (dokumentowania) równoważności. W przypadku niewykazania równoważności, Zamawiający zgodnie z art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Prawa zamówień publicznych, dokona poprawy materiałów i urządzeń na podane w dokumentacji, bez zmiany wynagrodzenia.

Niezachowanie wymagań dotyczących równoważności materiałów i urządzeń, w świetle brzmienia SIWZ, wywołuje zatem w pierwszym rzędzie skutek, w postaci obowiązku poprawienia elementów niespełniających wymogów w zakresie równoważności na takie, jakie zaprezentowano w dokumentacji Zamawiającego.

Powyższe postanowienia SIWZ nie zostały na właściwym etapie zakwestionowane, zatem aktualnie nie sposób poddawać rewizji tak ustalonych, a następnie zakomunikowanych wykonawcom (ogłoszonych) zasad przedmiotowego postępowania.

Niezależnie od tego, dostrzeżenia wymaga, że na gruncie przedmiotowego postępowania Zamawiający poprzestał na ogólnej formule dopuszczenia możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych, nie wdając się, co do zasady, w odniesieniu do

jednostkowych elementów, w opis cech i właściwości, które będą kluczowymi dla oceny, czy dany wyrób, urządzenie, materiał jest równoważny czy też nie. Na gruncie analizowanej sprawy, Zamawiający nie wyjaśnił ani nie doprecyzował w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jakie parametry lub cechy musi posiadać produkt oferowany, aby został zaklasyfikowany do tej samej klasy co wskazane przez Zamawiającego materiały i urządzenia.

Wobec zaniechania opisania przez Zamawiającego zasad uznawania za równoważne zaoferowanych materiałów i urządzeń uznano, że nie sposób przyjmować, by w takim wypadku za równoważne należało uznawać te materiały, urządzenia, które zostały wymienione przez Zamawiającego w dokumentacji – równoważność w takim wypadku byłaby iluzoryczną i sprowadzałaby się jedynie do możliwości zaoferowania urządzeń i materiałów jedynie producenta i typu wymienionego w specyfikacji. Pojęcie równoważności nie może oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Tym samym uznano, że w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymienił wszystkich istotnych dla niego parametrów i cech wymaganego przedmiotu, które miałyby decydować o zachowaniu równoważności, nie jest dopuszczalne przyjęcie tezy, że w takim wypadku równoważność dotyczy wszystkich parametrów danego urządzenia.

Podzielono w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1400/08, w uzasadnieniu którego wskazano: „*Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry*” (a także analogiczne stanowisko w wyroku z 6 grudnia 2010 r. w spr. KIO 2550/10).

Jedynie w odniesieniu do niektórych pozycji dokumentacji, Zamawiający wyjaśniając wątpliwości co do treści SIWZ, podał informacje, które pozwalają na ocenę, co decyduje o zachowaniu równoważności. Dotyczy to, w spornym zakresie, przykładowo odpowiedzi z dnia 8 listopada 2012 r. na pytanie 102. Zatem w zakresie, w jakim Zamawiający nie opisał zasad uznania konkretnych urządzeń czy materiałów za równoważne, nie sposób uznać, że wymóg równoważności spełniają tylko takie same jak opisane w dokumentacji materiały oraz urządzenia.

W tych okolicznościach Zamawiający, w odniesieniu do tych materiałów i urządzeń, co do których nie sprecyzował cech, właściwości i parametrów decydujących o zachowaniu

równoważności, obowiązany jest uznać ich zamienniki zaoferowane przez wykonawcę, jeśli spełniają one kierunkowo funkcjonalności opisane w dokumentacji. Nieuprawnione jest przy tym, jak czyni to Odwołujący, oczekiwanie, że zaoferowane elementy będą spełniały wszystkie cechy właściwe dla tych, jakie posiadają materiały i urządzenia zaprezentowane w dokumentacji.

I tak, w zakresie szczegółowych elementów oferty Skanska SA w Warszawie, co do których Odwołujący zarzuca niezachowanie równoważności, podkreślenia wymaga, iż:

1. co do czytników zastosowanych w systemie Kontroli Dostępu, Zamawiający nie zastrzegł szczególnych zasad dotyczących zastosowanego rozwiązania równoważnego. Na pytania wykonawców Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 24 z 8 listopada 2012 r. podtrzymał wymaganie dotyczące konkretnego standardu, jaki mają obsługiwać te czytniki. Zaoferowane przez Skanska SA w Warszawie czytniki czynią zadość stawianym wymaganiom. Odwołujący stawiany zarzut zdaje się opierać o założone przez siebie cechy i parametry, które w Jego ocenie powinny posiadać czytniki, tyle tylko, że takich wymagań Zamawiający w tym zakresie nie wyartykułował;
2. w zakresie zasilania systemu Kontroli Dostępu Zamawiający nie zastrzegł konkretnych, szczególnych rozwiązań dotyczących mechanizmu równoważnego – przystępujący Skanska SA wykazał, że w złożonej ofercie (kosztorysie ofertowym) przewidział różne rodzaje zasilania;
3. co do niekompatybilnych kontrolerów oraz centralek z tymi, jaki istnieją na obiektach Zamawiającego – Odwołujący powyższy zarzut odnosi do rozwiązań, jakie będą zastosowane w Lokalnym Centrum Nadzoru. Przedmiotem tego postępowania jest jednak ten konkretny budynek, który opisuje dokumentacja postępowania. Zamawiający nigdzie nie zastrzegł wymagania dotyczącego kompatybilności z innymi, istniejącymi budynkami, ani tym bardziej, które mogą powstać w dalszej perspektywie. Tym samym, zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.
4. w zakresie urządzeń aktywnych, co do których Odwołujący wskazuje na zastosowanie urządzeń innych, niż wymagane w dokumentacji, co w Jego ocenie spowoduje utratę uprawnień gwarancyjnych. Dostrzeżenia jednak wymaga, że to rolą wykonawcy jest zapewnienie sobie gwarancji na urządzenia wkomponowywane w system oparty na rozwiązaniach konkretnego producenta. Złożone przez Odwołującego oświadczenie z 17 stycznia 2013 r. producenta elementów systemu nie przesądza, że zastosowanie modułów innego producenta spowoduje utratę gwarancji, odnosi się przede wszystkim do uszkodzeń (wprost wskazano w tym piśmie że to *charakter usterek lub błędów jest kluczowy dla określenia zobowiązania do wsparcia produktu);* wynika z niego także że negatywne konsekwencje wiążą się z sytuacją gdy przyczyna wadliwej pracy produktu została spowodowana przez wykorzystywanie produktów, których producentem jest inny

podmiot. Nie oznacza to zatem utraty gwarancji w wyniku zastosowania produktów innych podmiotów niż producent systemu, ale dotyczy sytuacji, gdy to zastosowanie takich produktów wywołało wadliwą pracę produktu. W analizowanej sprawie, wykonawca Skanska SA w Warszawie udzielił gwarancji zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

5. w zakresie centrali, która w ocenie Odwołującego nie spełnia wymagań normy GRADE 3 wg normy EN 50131 – dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający nie zawarł nigdzie wymagań dotyczących posiadania przez oferowane urządzenie takiego certyfikatu.
6. w zakresie czujki, co do której Odwołujący wykazuje niedopuszczalność zaoferowania urządzenia dualnego –Przystępujący Skanska SA w Warszawie wykazał, że sporne czujki mają dwa moduły, przy czym możliwe jest wyłączenie sensora PIR, co będzie skutkowało spełnieniem wymagania, by element nie miał charakteru dualnego.
7. w odniesieniu do rozwiązania równoważnego wobec systemu BMS, to jest niewłaściwych sterowników, podkreślenia wymaga, że Odwołujący stawia wniosek o niezachowaniu wszystkich walorów decydujących o równoważności w oparciu o własną interpretację wymagań, jakie cechy i właściwości powinno posiadać urządzenie zamienne, co zostało wyspecyfikowane w tabeli zamieszczonej na str. 13 odwołania. W powyższym zakresie kluczową sprawą jest jednak, że Zamawiający dokonał wyjaśnienia swoich wymagań w tym zakresie, udzielając odpowiedzi na pytanie 102 z dnia 8 listopada 2012 r., w której podał istotne ze swej perspektywy elementy i cechy oraz specyficzne wymagania techniczne lub certyfikaty jakie ma posiadać równoważny system BMS. Istotne jest przy tym, że pytanie wyraźnie dotyczyło nie zaprojektowanego systemu, ale jego odpowiednika, jaki mógł być zaoferowany jako równoważny. Odpowiadając na tak postawione pytanie, Zamawiający zakreślił wymagania stawiane wobec tego systemu. Zarzuty stawiane w odwołaniu, wskazujące na nieadekwatność i brak równoważności przewidzianych przez Skanska SA w Warszawie elementów tego systemu abstrahują od wymagań zaprezentowanych w tym wyjaśnieniu, w żaden sposób się do nich nie odnoszą, a wyrażają własną wizję Odwołującego, co do tego jakimi walorami powinien cechować się system oparty na rozwiązaniach równoważnych. Dopiero na rozprawie Odwołujący podnosił, nawiązując do udzielonego wyjaśnienia SIWZ (odpowiedź na pytanie 102), że sterowniki – zgodnie z powołanym wyjaśnieniem SIWZ - powinny posiadać możliwość dołączenia odpowiedniej ilości modułów, czego w Jego ocenie nie spełnia rozwiązanie Skanska SA w Warszawie. Dostrzeżenia jednak wymaga, że zarzut ten nie znalazł odzwierciedlenia w treści odwołania, zaś Krajowa Izba Odwoławcza – w myśl art. 192 ust. 7 ustawy - nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na powyższe zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12. Także w

powyższym zakresie zarzut nie znalazł zatem potwierdzenia.

Mając na uwadze powyższe, należało uznać, że Odwołujący nie wykazał podnoszonego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

[7] podniesiony w odwołaniu QumakSekom SA w Warszawie zarzut naruszenia art. 30 ust. 5 ustawy:

Z opisanych wcześniej względów nie znalazł także potwierdzenia zarzut naruszenia art. 30 ust. 5 ustawy, stanowiący konsekwencję wcześniejszych zarzutów, stawiany w odwołaniu QumakSekom SA w Warszawie.

[8] podniesiony w odwołaniu QumakSekom SA w Warszawie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy SKANSKA SA w Warszawie oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu:

W analizowanym postępowaniu Zamawiający postawił warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, wymagając wykazania, ze wykonawca wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania oferta jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie „*co najmniej dwie roboty budowlane polegające na budowie budynku użyteczności publicznej o kubaturze minimum 23 500 m^3 każda o kategorii złożoności 5- wg Rozporządzenia Ministra infrastruktury z dnia 18.05.2004r. tj. budynki wielofunkcyjne oraz o bardzo złożonych wymaganiach funkcjonalnych, instalacyjnych i technologicznych, wymagające szczególnych rozwiązań inżynierskich na kwotę minimum 40 mln zł brutto każda, w tym wykonanie systemów ochrony technicznej tj. System Sygnalizacji Włamania i Napadu (SSWiN), System Kontroli Dostępu (SKD), System Sygnalizacji Pożaru (SSP), System Telewizji Dozorowej- Nadzoru Wizyjnego (CCTV), Sieci Strukturalne (SS) na kwotę niemniejszą niż 10 mln zł brutto w każdym z tych budynków.”*

Wykonawca Skanska SA w Warszawie załączył do oferty wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie umowy, w których ujął trzy zadania:

1. Budowa Biblioteki Głównej Uniwersytetu Wrocławskiego,
2. Bank Królewski Kanada, Centrum Komputerowe Stratford,
3. City administrativa.

Uznano, wbrew stanowisku Odwołującego, prace dotyczące Biblioteki Głównej Uniwersytetu Wrocławskiego mieszczą się w pojęciu budowy budynku; nie stanowią jedynie prac wykończeniowych na już wybudowanym przez inny podmiot obiekcie. Fakt, że budowę

tego budynku rozpoczął inny wykonawca, z którym następnie rozwiązano umowę, nie oznacza, że Skanska SA w Warszawie, kontynuując budowę i biorąc za nią odpowiedzialność i udzielając pełnej gwarancji, nie wybudowała obiektu. Zgodnie z art. 3 ust. 6 ustawy Prawo budowlane, pod pojęciem budowy należy rozumieć „*wykonywanie obiektu budowlanego*" w określonym miejscu a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. Przystępujący wykazał, że budynek Biblioteki Głównej Uniwersytetu Wrocławskiego nie był oddany, nie było też pozwolenia na użytkowanie, tych czynności dokonywał wykonawca Skanska SA w Warszawie. Kontynuacja rozpoczętej budowy mieści się w szerokiej definicji pojęcia budowy w Prawie budowlanym. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że Odwołujący nie wykazał, że prace rozpoczęte przez inny podmiot miały swój finał pozwalający uznać, że nastąpiło wybudowanie budynku. Odwołujący prowadzi jedynie proces wnioskowania, zgodnie z którym skoro w latach 2002-2006 prace wykonywane były przez inną firmę, to tym samym prace prowadzone przez Skanska SA w Warszawie w latach 2009 – 2011 nie mogły stanowić budowy. Powyższe wnioskowanie nie zostało jednak poparte żadnym miarodajnym dowodem, który by powyższą okoliczność ponad wszelka wątpliwość potwierdził.

Nie jest także potwierdzeniem zasadności zarzutu treść wyjaśnienia SIWZ (odpowiedź na pyt. 170), zgodnie z którą Zamawiający nie uzna za spełnienie przedmiotowego warunku przebudowy i nadbudowy obiektu budowlanego – Odwołujący nie wykazał bowiem, by w pozycji nr 1 wykazu ujęto prace stanowiące jedynie przebudowę lub rozbudowę budynku.

Także ujęta w pozycji 3 wykazu inwestycja, opisana jaka City Administrativa, wbrew twierdzeniom odwołania, spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego. Odwołujący w powyższym zakresie wywodził, że przedmiotowa inwestycja obejmowała kompleks budynków, który nie może być rozpatrywany jako budynek. Wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący Skanska SA w Warszawie wykazał, że obiekty składające się na przedmiotowy kompleks są połączone ze sobą w takim stopniu i w taki sposób, że nie ma przeszkód dla uznania, że w całości mogą być uwzględniane dla oceny w kontekście postawionego warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący wykazał bowiem, iż budynki B1 i B2 są posadowione na tych samych fundamentach, są połączone parkingiem, mają wspólne dachy, piwnice, systemy informatyczne; budynek B3 jest połączony z budynkiem B2 łącznikiem, mają wspólny system ochrony. Potwierdza powyższy wniosek treść decyzji o pozwoleniu na budowę, a także złożony przez Przystępującego schemat piwnic tego budynku.

Tym samym, brak było podstaw do uznania, że zadanie ujęte w pozycji 3 nie spełnia wymagań, opisanych w treści warunku udziału w postępowaniu.

Potwierdził się natomiast zarzut kierowany wobec zadania ujętego w poz. 2 wykazu,

to jest Banku Królewskiego Kanada, Centrum Komputerowego Stratford. Ustalone okoliczności przekonują, że wskazany budynek nie wypełnia wymagania w zakresie obiektu użyteczności publicznej.

Klasyfikacja obiektu – w kontekście użytego przez Zamawiającego w treści postawionego warunku udziału w postępowaniu pojęcia „obiektu użyteczności publicznej" – powinna być dokonywana zgodnie z legalną i obowiązującą w tym zakresie definicją zawartą w *rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie(Dz. U. z 2002 r. Nr 75, poz. 690 ze zm.)*, gdzie w § 3 pkt 6 wskazano, iż *„Budynek użyteczności publicznej - poprzez to pojęcie rozumie się przez to budynek przeznaczony dla administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym lub wodnym, poczty lub telekomunikacji oraz inny ogólnodostępny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji; za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy i socjalny."*.

Na gruncie analizowanej sprawy ustalone zostało, że wskazany obiekt stanowi raczej centrum obsługi informatycznej Banku, swego rodzaju centrum usług wspólnych, aniżeli obiekt przeznaczony do obsługi szerszej publiczności. Budynek nie posiada również charakterystyki pozwalającej uznać go za biurowy lub socjalny - wskazywane przez Przystępującego Skanska SA w Warszawie pomieszczenia biurowe mają charakter marginalnych, o znikomym znaczeniu, służą do obsługi zatrudnionych w centrum pracowników.

Powyższe determinuje wniosek, że zarzut w powyższym zakresie należy uznać za potwierdzony, co pozostaje jednak, wobec wymagania przez Zamawiającego wykazania się co najmniej dwiema robotami budowlanymi i spełnienia przez pozostałe dwa zadania wymagań, bez wpływu na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

[9] podniesiony w odwołaniu QumakSekom SA w Warszawie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, a także art. 91 ust. 1 ustawy:

Ze względów wyżej opisanych, nie znalazły potwierdzenia także dalsze, będące konsekwencją wcześniejszych zarzutów postulaty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 a także art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Skład orzekający