

**WYROK**  
z dnia 5 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** **Andrzej Niwicki**  
**Agnieszka Trojanowska**  
**Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant:** **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu w dniu 3 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Balcke Durr Polska Sp. z o.o., MOSTOSTAL Puławy S.A., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24** w postępowaniu prowadzonym przez **PGNiG TERMIKA S.A., 03-216 Warszawa, ul. Modlińska 15**

przy udziale wykonawcy **ELWO S.A., 43-200 Pszczyna, ul. Bielska 44** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Balcke Durr Polska Sp. z o.o., MOSTOSTAL Puławy S.A., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24** i:
  - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Balcke Durr Polska Sp. z o.o., MOSTOSTAL Puławy S.A., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. Zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Balcke Durr Polska Sp. z o.o., MOSTOSTAL Puławy S.A., 02-981 Warszawa, ul. Augustówka 24** na rzecz **PGNiG TERMIKA S.A.**

**z siedzibą w Warszawie** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: PGNiG TERMIKA S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zabudowa filtrów workowych wraz z wentylatorami spalin kotłów fluidalnych C)Fz450 nr A i B w Elektrociepłowni Żerań w Warszawie”

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Balcke-Durr Polska spółka z o.o. w Warszawie i Mostostal Puławy S.A. w Puławach wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności

1. wyboru jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie;
2. zaniechania czynności wykluczenia wykonawcy ELWO z postępowania,
3. zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy ELWO.

Zamawiającemu odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 PZP poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, polegające na przyjęciu - dla obliczenia przychodu średniorocznego wykonawców-sposobu kalkulacji skutkującego nieuzasadnionym ustaleniem zawyżonego wyniku ELWO;
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, polegające na jego niezastosowaniu i braku wykluczenia wykonawcy ELWO, mimo iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:
  - 2.1 sytuacji ekonomicznej i finansowej, ze względu na stan upadłości bilansowej;
  - 2.2 przychodu średniorocznego w wysokości co najmniej 30.000.000 złotych w okresie prowadzenia działalności;
  - 2.3 posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 12.000.000 złotych;
  - 2.4 posiadania wymaganych w siwz wiedzy i doświadczenia;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, polegające na jego niezastosowaniu wobec oferty ELWO;
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP, polegające na jego niezastosowaniu wobec oferty ELWO zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 10 maja 2013 r.;
2. przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem, iż wykonawca ELWO podlega wykluczeniu z Postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w Postępowaniu, jego oferta

podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę oraz jako niezgodna z siwz, a jako najkorzystniejsza powinna być wybrana oferta Odwołującego;

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty, w tym oferta Odwołującego oraz oferta ELWO.

Po analizie oferty ELWO odwołujący pismem z dnia 25 kwietnia 2013 r. zawniósł do Zamawiającego o wykluczenie ELWO z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w nim.

W dniu 10 maja 2013 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo (z tej samej daty) informujące o wyborze oferty ELWO jako najkorzystniejszej. Jednocześnie oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu, po ofercie ELWO.

Zamawiający nie uwzględnił argumentów Odwołującego uzasadniających wykluczenie ELWO z procedury przetargowej.

W zakresie niespełnienia warunków zdolności finansowej i ekonomicznej odwołujący wskazał na stan upadłości bilansowej wybranego wykonawcy, co wynika ze sprawozdań finansowych ELWO.

Prawo upadłościowe i naprawcze („PUN”) przewiduje, że upadłość ogłasza się w stosunku do dłużnika, który stał się niewypłacalny (art. 10 PUN). Niewypłacalny jest zarówno dłużnik, który nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych (art. 11 ust. 1 PUN), jak i dłużnik, którego majątek nie wystarcza na pokrycie zobowiązań, choćby wykonywał on swoje zobowiązania na bieżąco (art. 11 ust. 2 PUN).

Ta druga podstawa odnosi się w szczególności do wszystkich spółek handlowych, a związaną z nią sytuację określa się mianem „upadłości bilansowej”. Potwierdzenie zaistnienia stanu upadłości bilansowej stwierdza się, jeżeli pozycja „kapitał własny” bilansu spółki wykazuje wartość ujemną. Taka sytuacja oznacza bowiem, że gdyby wszyscy wierzyciele spółki zażądali zaspokojenia, jej majątek nie wystarczyłby na zadośćuczynienie temu żądaniu. Kapitał własny ELWO na koniec 2012 r. miał wartość ujemną (-695.025,87 zł). Powyższe uzasadnia i zobowiązuje Zarząd ELWO do złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. System zamówień publicznych został tak skonstruowany, aby z postępowań eliminować wykonawców niewiarygodnych finansowo, niezdolnych do wykonania zamówienia, a zatem w szczególności wykonawców zagrożonych upadłością i tym bardziej takich, którzy znajdują się w stanie upadłości bilansowej. Chodzi bowiem o ochronę interesu publicznego, a brak środków finansowych po stronie wykonawcy powoduje z reguły niemożność należytego wywiązania się z obowiązków zaciągniętych w związku z zawarciem zamówienia publicznego. Udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy w stanie upadłości nie może być „premią” za zaniechanie obowiązku zarządu upadłego zgłoszenia wniosku o upadłość, do czego zarząd ELWO był zobowiązany na podstawie art. 21 PUN. O ile w razie

niewypłacalności (nie regulowania zobowiązań we właściwym terminie), upadłości można nie ogłaszać, jeżeli zachodzą „okoliczności łagodzące” wymienione w art. 12 ust. 1 PUN, o tyle w razie upadłości bilansowej (ujemnych kapitałów własnych) takie „okoliczności łagodzące” nie mają zastosowania. Mamy tutaj do czynienia z stanem upadłości wprost, który tylko wymaga potwierdzenia przez właściwy sąd.

Należy przyjąć, iż istnienie po stronie ELWO upadłości bilansowej oznacza jednocześnie niespełnienie warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1 pkt 4 PZP), stąd uzasadnione jest wykluczenie tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP. Nie może być usprawiedliwione dalsze prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z udziałem ELWO, gdyż nawet w przypadku, gdyby oferta ELWO została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający byłby uprawniony do odmowy zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie odpowiednio stosowanego art. 490 § 1 k.c. w zw. z art. 14 PZP.

Odnosnie warunku w zakresie wykazania przychodu średniorocznego odwołujący wskazał. Zamawiający ustanowił, jako warunek udziału w postępowaniu, obowiązek wykazania przez wykonawcę przychodu średniorocznego w wysokości co najmniej 30.000.000 złotych za okres ostatnich trzech lat obrotowych, a jeżeli okres działalności jest krótszy - to takiego przychodu średniorocznego za ten okres, określonego na podstawie „Rachunku zysków i strat” (pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”).

Ze sprawozdań finansowych złożonych wraz z ofertą przez ELWO wynika, iż wykonawca ten prowadził działalność gospodarczą od dnia 11 kwietnia 2011 r., a zatem przez krótszy okres niż 3 lata, co uzasadniało podanie wyników za cały ten okres.

Za okres od dnia 11 kwietnia 2011 r. do dnia 31 grudnia 2011 r. przychody netto ELWO ze sprzedaży wyniosły 12.743.801 złotych, natomiast w całym roku 2012 - 38.887.834,20 złotych. Suma powyższych wielkości wynosi 51.631.635,20 złotych i jest to kwota, od której należy obliczyć średnioroczny przychód.

Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający nie zakwestionował spełnienia przez ELWO warunku w zakresie przychodu średniorocznego, Odwołujący przypuszcza, iż Zamawiający zastosował następujący - nieprawidłowy - sposób kalkulacji. Ustaliwszy, że ELWO działało w roku 2011 przez 8 miesięcy i 20 dni, można sądzić, że Zamawiający mógł przeliczyć tę liczbę na ułamek dziesiąty i zaokrąglić do drugiego miejsca po przecinku, co dało wynik 8,67. Następnie prawdopodobnie policzono, jaka to jest część roku, dzieląc 8,67 przez 12. Otrzymany wynik 0,7225 zaokrąglono w dół do drugiego miejsca po przecinku, co dało wynik 0,72. Następnie, do 0,72 dodano pełen rok 2012 - w konsekwencji otrzymano 1,72. Wreszcie, sumę przychodów ELWO podzielono przez 1,72 (51.631.635,20 złotych : 1,72), co dało wynik 30.018.392,56 złotych.

Powyższy przypuszczalny sposób wyliczenia zawierałby niedopuszczalne uproszczenia (zaokrąglenia), skutkujące nierównym traktowaniem wykonawców.

W odniesieniu do wykonawców, którzy prowadzili działalność co najmniej przez 3 lata obrotowe, nie dochodzi, przy stosowaniu powyższej metody, do żadnych zaokrągleń, a suma ich przychodów za ten okres ze sprzedaży podlega podzieleniu przez 3. W rezultacie otrzymuje się średnioroczny przychód danego wykonawcy.

W stosunku do ELWO, którego okres działalności jest krótszy niż 3 lata, metoda zakłada posłużenie się niedozwolonym zaokrągleniem (0,7225 część roku 2011 zaokrąglą się w dół do 0,72), co powoduje nieuzasadnione korzystniejsze wyliczenie przychodu średniorocznego, który okazuje się wyższy niż jest w rzeczywistości.

Aby obiektywnie obliczyć średnioroczny przychód ELWO, tj. bez uszczerbku dla zasady równego traktowania wykonawców, należało sumę jego przychodów podzielić przez liczbę dni prowadzonej działalności gospodarczej (51.631.635,20 złotych : 631 dni = 81.825,0945 złotych) i następnie tak uzyskany wynik (nawet zaokrąglony do 81.825,10 złotych) pomnożyć przez liczbę dni w roku (81.825,10 złotych x 365 dni = 29.866.161,50 złotych). Należy wskazać, że nawet przy pomnożeniu wyniku dziennego ELWO (81.825,10 złotych) przez 366 dni w roku otrzymuje się kwotę 29.947.986,60 złotych, a więc także poniżej wymaganych 30.000.000 złotych.

Zaokrąglenia w obliczeniach matematycznych mają na celu jedynie uproszczenie wyniku, nie mogą jednak prowadzić do wypaczenia znaczenia tego wyniku, w tym przypadku dla rozstrzygnięcia przetargu. Przypuszczalna metoda wyliczenia przychodu średniorocznego prowadzi właśnie do wypaczenia wyniku. Dowodzi tego poniższa analiza.

Skoro wyliczono, że okres od 11 kwietnia 2011 r. do 31 grudnia 2011 r. stanowi 0,72 roku, to tym samym należy przyjąć, że okres od 1 stycznia 2011 r. do 10 kwietnia 2011 r. stanowi 0,28 roku. Pomnożywszy 0,28 część roku przez 365 dni otrzymuje się 102,2, czyli 10 kwietnia 2011 r. byłby 102 dniem w roku. Nie jest to zgodne z prawdą. Skoro styczeń miał 31 dni, luty - 28 dni, marzec - 31 dni, to 10 kwietnia był 100 (setnym) dniem tego roku, a nie 102. Ponieważ dla obliczenia przychodu średniorocznego istotna jest liczba dni roku poczynawszy od 11 kwietnia 2011 r., to przyjęcie, że dni tych było mniej niż faktycznie, powodowałoby nieuzasadnione zawyżenie przychodu średniorocznego, gdyż liczba dni występuje jako dzielnik w działaniu zmierzającym do obliczenia tej wielkości. Stąd też nie można uznać powyższego sposobu kalkulacji, który - jak przypuszcza Odwołujący - został zastosowany przez Zamawiającego, za obiektywny i zapewniający równe traktowanie wykonawców w postępowaniu.

W świetle powyższych wyliczeń, należy przyjąć, że ELWO nie uzyskało wymaganego przychodu średniorocznego na poziomie 30.000.000 złotych.

Odnośnie warunku w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 12.000.000 zł odwołujący wskazał, że ELWO do oferty załączyło opinię bankową o posiadanej zdolności kredytowej w wysokości 1.000.000 zł, a co do pozostałych 11.000.000 zł przedstawiło oświadczenie spółki Linter S.A. w Wolbromiu, w którym wyrażono zgodę na oddanie do dyspozycji ELWO zdolności finansowej w wysokości do 11.000.000 złotych na okres wykonywania zamówienia oraz zaświadczenie o zdolności kredytowej tej firmy, w którym wskazano, że spółka ta posiada zdolność do spłaty kredytu w wysokości 11.000.000 złotych, przy czym zastrzeżono, że zaświadczenie zostało wydane na podstawie wstępnej oceny zdolności kredytowej, natomiast warunkiem udzielenia kredytu będzie złożenie przez spółkę pełnej dokumentacji pozwalającej na przeprowadzenie pełnej oceny zdolności do spłaty wnioskowanego kredytu oraz stwierdzenia na tej podstawie posiadania zdolności kredytowej przez spółkę.

Odwołujący zauważa, że oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Musi zatem istnieć skuteczne zobowiązanie podmiotu trzeciego, z którego wywiązanie się zapewni wykonawcy dysponowanie potrzebnym potencjałem. To na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia .

W świetle wyżej zaprezentowanego stanowiska (KIO), dokumenty ELWO nie stanowią dowodu zdolności finansowej tego wykonawcy w wysokości 12.000.000 złotych. Samo ELWO dysponuje zdolnością kredytową jedynie w zakresie kwoty 1.000.000 złotych, natomiast oświadczenia Linter S.A. nie można uznać za skuteczne zobowiązanie się tej spółki do udostępnienia ELWO zasobów finansowych. Wyrażenie bowiem przez Linter S.A. „zgody na oddanie do dyspozycji ELWO zdolności finansowej w wysokości do 11.000.000 złotych” (przy czym chodzi o „oddanie do dyspozycji” zdolności kredytowej Linter S.A., gdyż do oferty zostało załączone wyłącznie zaświadczenie o zdolności kredytowej tej spółki) nie rodzi po stronie Linter S.A. żadnego zobowiązania do udzielenia ELWO jakichkolwiek zasobów finansowych. Nie można bowiem nikomu udostępnić swojej zdolności kredytowej. Zdolność kredytowa to cecha danego podmiotu oznaczająca jego predyspozycje w zakresie możliwości spłaty kredytu w określonej wysokości. Jest to właściwość charakteryzująca indywidualnie oznaczony podmiot i tak też oceniana przez bank, tj. w stosunku do konkretnego podmiotu. Co więcej kredyty udzielane przedsiębiorcom przez banki zazwyczaj mają określony cel kredytowania, są przyznawane oznaczonemu przedsiębiorcy a umowy kredytowe zawierają ograniczenia w dysponowaniu środkami z kredytu; w tym kontekście niewyobrażalne jest skorzystanie przez ELWO ze środków udostępnionych w kredycie Linter

S.A. i zgoda banku kredytującego na takie wykorzystanie środków bez badania wiarygodności finansowej samego ELWO, stąd zrozumiałe zastrzeżenie w zaświadczeniu Banku Zachodniego WBK S.A. Z dokumentów załączonych do oferty wynika, że zdolność kredytowa ELWO to 1.000.000 złotych i ww. oświadczenie Linter S.A. nie jest w stanie tego zmienić, gdyż w tych samych okolicznościach (tj. przy niezmienionej sytuacji finansowej ELWO), zdolność ta cały czas będzie oceniana na 1.000.000 złotych.

Gdyby się okazało w trakcie wykonywania zamówienia, że konieczne jest skorzystanie przez ELWO ze środków finansowych przewyższających jej własną zdolność kredytową, na podstawie oświadczenia złożonego przez Linter S.A. ELWO nie będzie dysponować względem Linter S.A. żadnym skutecznym narzędziem prawnym, aby doprowadzić do udostępnienia mu brakujących kwot. Zobowiązanie Linter S.A. ani bowiem nie dotyczy udzielenia ELWO pożyczki, ani dokonania darowizny (potrzebnych 11.000.000 złotych), ani w żaden inny sposób nie gwarantuje, że ELWO będzie mogło dochodzić od tej spółki brakujących środków. Oświadczenie Linter S.A. należy potraktować jako całkowicie nieskuteczne i nieegzekwowalne zobowiązanie się do świadczenia, którego nie da się w świetle prawa cywilnego dochodzić; ponadto, zaświadczenie Banku Zachodniego WBK S.A. dotyczy tylko i wyłącznie Linter S.A. i jego właściwości indywidualnych (zdolność kredytowa), które nie podlegają „cedowaniu” na osoby trzecie.

Wobec niespełnienia przez ELWO kolejnego warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzasadnione jest jego wykluczenie z tego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

Niespełnienie warunków w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Kolejnym warunkiem, był warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Mianowicie, należało wykazać się wykonaniem - samodzielnie lub w konsorcjum oraz w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert - co najmniej jednej zabudowy filtra workowego, gdzie ilość oczyszczanych spalin wynosiła minimum 250.000 Nm<sup>3</sup>/h.

Dla udowodnienia spełnienia powyższego warunku wykonawca ELWO przedstawił oświadczenie spółki Babcock & Wilcox Power Generation Group, Inc. („B&W”), która zobowiązała się oddać do dyspozycji ELWO zasoby w postaci wiedzy, doświadczenia oraz referencji.

Stosownie do orzecznictwa KIO, potencjał, który ma być wykonawcy udostępniony, nie może mieć charakteru fikcyjnego, ale jego wykorzystanie w celu realizacji zamówienia musi być zagwarantowane. Wskazuje się, że udostępnienie oferentowi zasobów może przybrać formę udziału w realizacji zamówienia, podwykonawstwa, doradztwa, czy konsultacji . Oświadczenie B&W zostało złożone tylko po to, by ELWO mógł przejść formalną kwalifikację do udziału w Postępowaniu. Oświadczenie to nie daje żadnej gwarancji, że na etapie



realizacji zamówienia ELWO w jakikolwiek sposób będzie mógł dysponować wiedzą i doświadczeniem B&W.

Wiedza i doświadczenie danego podmiotu - jako takie (jako pojęcia abstrakcyjne) - nie podlegają swobodnej dyspozycji podmiotu je posiadającego, lecz są z nim ściśle związane. Inny podmiot może jedynie pośrednio z nich skorzystać, tj. tylko poprzez zaangażowanie podmiotu cechującego się określoną wiedzą i doświadczeniem. Z oświadczenia B&W dołączonego do oferty ELWO nie wynika, w jaki konkretnie sposób ELWO mógłby z powyższych zasobów skorzystać, a „oddanie do dyspozycji wiedzy, doświadczenia i referencji” - ze względów wyżej określonych - jest całkowicie nieskuteczne. W rezultacie, oświadczenie to nie stanowi egzekwowałem zobowiązania B&W do udostępnienia ELWO jakichkolwiek zasobów, co oznacza jednocześnie, że ELWO nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wskazał na wyrok KIO 2320/12; KIO 2321/12, „Ustawodawca unijny jakkolwiek nie czyni ograniczeń co rodzaju potencjału podmiotu trzeciego, z którego może skorzystać wykonawca, jednak warunkuje to uprawnienie możliwością skorzystania z niego w warunkach konkretnego zamówienia. Nie chodzi bowiem o udostępnienie potencjału, które ma charakter fikcyjny, ale wykorzystanie tego potencjału w celu realizacji zamówienia”.

Ponadto na dzień złożenia przez ELWO oferty, oświadczenie B&W zawierało ograniczenie czasowe, gdyż B&W zobowiązało się przekazać swoje zasoby „na czas trwania postępowania przetargowego” („during the tender proceedings”), co zostało nieprawidłowo przetłumaczone przez ELWO jako „przy wykonywaniu zamówienia”. Aby uznać, że zasoby zostały skutecznie udzielone, zobowiązanie musi przede wszystkim obejmować okres realizacji zamówienia, co w powyższym oświadczeniu nie nastąpiło. Dopiero na etapie badania ofert, ELWO przedstawiło oświadczenia B&W obejmujące swym zakresem również etap wykonywania zamówienia. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że na dzień złożenia oferty ELWO nie miało uprawnienia do dysponowania zasobami w okresie realizacji zamówienia. Późniejsza modyfikacja oświadczenia nie może odnieść żadnego skutku wobec jasnego brzmienia przepisu art. 26 ust. 2a PZP, wymagającego spełnienia warunków udziału (tu: wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia) na dzień składania ofert. ELWO na dzień składania oferty nie posiadał skutecznego oświadczenia o przekazaniu zasobów i tym samym nie spełniał warunku udziału w Postępowaniu (świadczy o tym również brak daty na obydwu oświadczeniach B&W oraz wzmianka na zmodyfikowanym oświadczeniu B&W, że jest to „Zmiana 1” {Revision I}). Skoro żadne z oświadczeń nie zawiera daty, nie można przyjąć, by którekolwiek z nich posiadało moc obowiązującą na dzień ich przedłożenia Zamawiającemu. Powszechnie przyjętą praktyką w zakresie udostępniania zasobów wykonawcom jest opatrywanie zobowiązań podmiotów trzecich konkretnie oznaczoną datą, tak by nie było wątpliwości, że zobowiązanie rzeczywiście zostało zaciągnięte.

Dodatkowo, oświadczenie B&W nie zostało podpisane przez osobę upoważnioną do jego złożenia. Oświadczenie podpisał Pan M..... S. L..... Z dokumentów korporacyjnych B&W pt. „Resolutions of Babcock & Wilcox Power Generation Group, Inc.” wynika, że osoba ta jest uprawniona do reprezentowania B&W w zakresie zawierania umów sprzedaży usług i towarów B&W. Powyższe oznacza, że Pan M..... S. L..... nie jest uprawniony do zaciągania zobowiązań w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia B&W, gdyż:

5.1 po pierwsze, zobowiązanie takie nie mieści się w zakresie przedmiotowym „sprzedaży usług i towarów B&W”;

5.2 po drugie, Pan M..... S. L..... jest uprawniony jedynie do zawierania umów, a nie dokonywania jednostronnych czynności prawnych, a taką czynnością jest zobowiązanie do udostępnienia wykonawcy własnych zasobów ;

5.3 po trzecie, zakres upoważnienia Pana M..... S. L.... ogranicza się wyłącznie do oddziału (division) B&W (Environmental Products and Services Division). Do zawierania umów w imieniu spółki (Company) są upoważnione inne osoby: „For the Company: J. R. Data - President and Chief Operating Officer, D. E. H..... - Assistant General Counsel and Assistant Secretary, R. E. Carlson - Controller”.

Sam Zamawiający powziął wątpliwość co do umocowania Pana M..... S. L.... do podpisania zobowiązania w sprawie udostępnienia zasobów B&W, co wynika z pisma skierowanego do ELWO, z dnia 26 kwietnia 2013 r., w którym stwierdzono: „Naszym zdaniem w załączonej w oryginale kopii uchwały Rady dyrektorów nie wynika dla Pana M. S. L..... prawo do podpisywania w imieniu firmy Babcock & Wilcox Power Generation Group, Inc.”.

Mając powyższe na uwadze Pan M..... S. L..... nie jest upoważniony do podpisywania oświadczeń woli w imieniu B&W, tak jak to uczynił w oświadczeniu o przekazaniu zasobów dla ELWO. Tym samym ELWO nie może powoływać się na wiedzę i doświadczenie B&W dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Biorąc pod uwagę fakt, że ELWO nie udowodnił dysponowaniem wiedzą i doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego, wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP.

#### Niezgodność treści oferty z SIWZ

Na podstawie punktu 4.2 siwz („cz. 1 Instrukcja dla Wykonawców”), wykonawcy byli zobowiązani przedłożyć opis oferowanego rozwiązania technicznego filtra workowego. Opis filtrów w ofercie powinien być zawierać m. in.: „[...] 6. Sposób detekcji, identyfikacji i lokalizacji uszkodzonego worka w komorze, [...] 12. Wstępne zestawienie układów i punktów pomiarowych, 13. Wstępny opis układu automatyki i sterowania”.

Pismem z 17.04.2013 r., Zamawiający zwrócił się do ELWO o wyjaśnienia: „Z uwagi na bardzo ogólny opis układu automatyki i sterowania, czy przedstawiony w Państwa ofercie

układ automatyki i sterowania spełnia wszystkie wymagania dla tych układów przedstawione przez Zamawiającego w SIWZ?".

W odpowiedzi, wykonawca oświadczył, iż „układ automatyki i sterowania, przedstawiony w naszej ofercie nr 2/HH/2013, spełnia wszystkie wymagania dla tych układów, przedstawione przez Zamawiającego w SIWZ”.

Powyższe zapytanie oraz odpowiedź wskazują, iż oferta ELWO nie spełnia wymogów siwz, nie zawiera bowiem kompletnego opisu technicznego filtra workowego. W tym zakresie, za niedopuszczalne należy uznać pytanie Zamawiającego, czy układ automatyki i sterowania spełnia wszystkie wymogi określone w SIWZ - skłaniające do udzielenia odpowiedzi „tak” albo „nie”, stanowiące niedozwoloną w świetle art. 87 ust. 1 PZP próbę obejścia zakazu dokonywania zmian w ofertach w toku ich badania i oceny. Odpowiedź „tak” udzielona przez ELWO nie sanuje w żaden sposób braków oferty w zakresie opisu technicznego, stąd też jego oferta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP.

Rażąco niska cena zawarta w ofercie

Cena zaoferowana przez ELWO wyniosła 44.700.000 złotych netto (54.981.000 złotych brutto), co stanowi jedynie ok. 76% drugiej w kolejności oferty (oferta Odwołującego: 58.987.000 złotych netto, 72.554.010 złotych brutto) oraz zaledwie ok. 67% najdroższej oferty (oferta Zakładu Elektrofiltrów RAFAKO S.A.: 66.587.632 złote netto, 81.902.787,36 złotych brutto).

Należy wskazać, iż przedmiot zamówienia objęty Postępowaniem jest bardzo złożony. Obejmuje bowiem wielobranżowe dostawy, różnorodne roboty montażowe oraz szereg robót akcesoryjnych (jak np. prace izolacyjne). Tak skomplikowany przedmiot zamówienia wymaga poniesienia przez wykonawców znacznych kosztów, co znalazło odzwierciedlenie w ich cenach ofertowych, z wyjątkiem oferty ELWO, zawierającej cenę rażąco niską w stosunku do określonego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie faktu przedstawienia przez ELWO rażąco niskiej ceny należy dodatkowo wskazać sytuację finansową, w której wykonawca ten obecnie się znajduje (stan upadłości bilansowej, opisany wyżej). Dla oceny bowiem wysokości ceny oferty, w kontekście możliwości zaistnienia ceny rażąco niskiej, bierze się pod uwagę możliwość wykonania za tę cenę przedmiotu zamówienia z należytą starannością, w aktualnych realiach rynkowych oraz z uwzględnieniem indywidualnej sytuacji przedsiębiorcy składającego ofertę. Skoro majątek ELWO nie wystarcza na pokrycie zobowiązań, to trudno przyjąć, iż za zaproponowaną cenę wykonawca ten będzie w stanie prawidłowo wykonać zamówienie objęte Postępowaniem.

Powyższego nie zmienia fakt oszacowania przez Zamawiającego wartości zamówienia na kwotę 35.000.000 złotych netto (43.050.000 złotych brutto), tj. w sposób znacząco zaniżony w stosunku do realiów rynkowych. Powyższe wynika najprawdopodobniej z braku informacji rynkowych o tak kompleksowej modernizacji filtra podejmowanej po raz pierwszy w Polsce.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przedstawił podstawy wykluczenia wykonawcy wynikające z przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Wskazał na skonkretyzowane warunki udziału w postępowaniu sformułowane w SIWZ w pkt 3 oraz wymagane w pkt 4 dokumenty, które należało złożyć na potwierdzenie spełniania postawionych warunków. Stwierdził, że dokonał oceny wykonawców w granicach postawionych warunków i na podstawie wymaganych dokumentów, stąd nie miał podstaw do wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania, w tym z powodu jego upadłości bilansowej.

Wskazał, że wybrany wykonawca (przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego) prowadzi działalność od 11 kwietnia 2011r., stąd dla oceny spełniania wymogu średniorocznego przychodu dokonał przeliczenia wielkości przychodu w pierwszym roku działalności z uwagi na 8-miesięczną działalność tym roku. Zastosował przy tym zaokrąglenie do drugiego miejsca po przecinku przez analogię do pkt 12.3 SIWZ. W wyniku obliczenia otrzymał wielkość średniorocznego przychodu w wysokości ponad 30mln zł, co oznacza spełnienie wymogu minimalnego przychodu na poziomie 30 mln zł.

Ponadto zamawiający stwierdził, że przystępujący potwierdził wymaganą zdolność kredytową w oparciu o udostępnienie tej zdolności przez podmiot trzeci na podstawie art. 26 ustęp 2b ustawy i potwierdzający tę zdolność dokument – zaświadczenie wystawione przez bank – Bank Zachodni WBK S.A. Na tej samej podstawie prawnej wykonawca wskazał na posiadanie wymaganej wiedzy i doświadczenia złożonym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, które wraz z uzupełnieniem dokonany na wezwanie zamawiającego, w ocenie zamawiającego, potwierdza spełnianie postawionego wymogu. Z treści zobowiązania wynika jednoznacznie, iż dotyczy ono tego postępowania i spełnienia warunku na dzień składania ofert pomimo braku daty. Zdaniem zamawiającego powyższy dokument został podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji przedsiębiorstwa. Na tę okoliczność również otrzymał dodatkowe wyjaśnienia od wykonawcy.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z SIWZ wymagał złożenia wstępnego opisu układu automatyki i sterowania, co jest zrozumiałe z uwagi na fakt, iż przedmiot zamówienia jest realizowany w tzw. systemie zaprojektuj i wybuduj i otrzymane wyjaśnienia uznał za wystarczające.

Odnosnie zarzutu zaoferowania przez ELWO Pszczyna rażąco niskiej ceny zamawiający stwierdził, że prawidłowo dokonał ustalenia wartości przedmiotu zamówienia i zgodnie z przepisami ustawy ogłosił przewidywane środki przeznaczone na realizację przedmiotu zamówienia. W świetle cen złożonych ofert nie miał podstaw do wszczęcia procedury z art. 90 ustęp 1 ustawy.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – ELWO S.A. z siedzibą w Pszczynie wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że zarzuty odwołania są bezpodstawne. W ocenie przystępującego potwierdził on wymagane warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej wymaganymi dokumentami. Zauważył, że stan upadłości skutkujący wykluczeniem z postępowania wymaga ogłoszenia takiego stanu przez sąd. Uznał za prawidłowe obliczenie przez zamawiającego wymaganego średniorocznego przychodu w sytuacji, gdy prowadził działalność w okresie krótszym niż 3 lata. Wskazał na złożone dokumenty na potwierdzenie posiadania zdolności kredytowej z wykorzystaniem potencjałów innych podmiotów, co dopuszcza przepis art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Na podstawie tego przepisu odwołujący wykazywał także spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika, uwzględniając dokumentację postępowania, a w szczególności postanowienia siwz, treść oferty przystępującego oraz stanowiska pisemne i przedstawione na rozprawie zważyła, co następuje.

Odnośnie zarzutu odwołującego, który wskazał, że wybrany wykonawca znajduje się w stanie upadłości bilansowej, co wynika ze złożonych z ofertą sprawozdań finansowych, które wskazują iż majątek spółki nie wystarcza na pokrycie zobowiązań, gdyż kapitał własny ma wartość ujemną, należy zauważyć, że ustawa pzp w art. 24 ust. 1 pkt 2 przewiduje wykluczenie wykonawcy, którego upadłość została ogłoszona, przez co należy rozumieć ogłoszenie takiego stanu przez właściwy sąd. Niesporne w sprawie jest, że upadłość spółki ELWO nie została ogłoszona, a zatem omawiana przesłanka wykluczenia nie ziściła się. Z punktu widzenia przepisów pzp kwestia zaistnienia przesłanek do złożenia wniosku o upadłość nie ma znaczenia, a rozstrzygające w tym zakresie jest ogłoszenie upadłości.

W zakresie wymaganego postanowieniami siwz wymogu wykazania przez wykonawców przychodu średniorocznego w wysokości co najmniej 30.000.000 złotych w okresie prowadzenia działalności skład orzekający uznaje za prawidłowe ustalenie przez zamawiającego wysokości przychodu wykonawcy prowadzącego działalność w okresie krótszym niż trzy lata tj. od 11 kwietnia 2011 r. poprzez uwzględnienie przychodu za niepełny rok 2011 oraz cały rok 2012 r. i podzielenie łącznych przychodów na okres prowadzenia działalności z wynikiem średniorocznym w wysokości przekraczającej wymagane 30 mln zł. Izba nie stwierdziła, by zastosowana metoda obliczenia przychodu naruszyła zasadę równego traktowania wykonawców.

Niesporne jest, że przystępujący na potwierdzenie spełniania warunku posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 12.000.000 złotych złożył potwierdzenie własnej zdolności kredytowej na kwotę 1.000.000 zł, a w zakresie pozostałych

11.000.000 zł przedstawił oświadczenie podmiotu trzeciego o wyrażeniu zgody na oddanie do dyspozycji zdolności finansowej w tej kwocie na okres wykonywania zamówienia. Drugim dokumentem w tym zakresie było zaświadczenie banku o zdolności podmiotu do spłaty kredytu w wysokości 11.000.000 zł. Powyższe wskazuje, że wykonawca w celu potwierdzenia spełniania wymogu polega na zdolnościach finansowych innego podmiotu, do czego uprawnia art. 26 ust. 2 b ustawy pzp. W ocenie Izby przedłożone dokumenty spełniają wymogi wynikające z art. 26 ust. 2b jako zawierające zobowiązanie do udostępnienia posiadanego potencjału. Zdolność kredytowa podmiotu udostępniającego jest przy tym niewątpliwa, a zawarta w zaświadczeniu bankowym informacja o wstępnym charakterze oceny zdolności kredytowej i warunkach ewentualnego udzielenia kredytu stanowią typową klauzulę stosowaną rutynowo przez instytucje kredytodawców. Oznacza to, że wykonawca wykazał spełnienie wymaganego warunku w zakresie posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej (tu: zdolności kredytowej).

W zakresie wymaganego postanowieniami specyfikacji wymogu wiedzy i doświadczenia przystępujący polega na potencjale udostępnionym przez podmiot Babcock&Wilcox Power Generation Group Inc., który to podmiot wymagane doświadczenie posiada (okoliczność niesporna). Przedmiotem zarzutu odwołującego jest brak uprawnień wykonawcy do dysponowania zasobami w okresie realizacji zamówienia niezależnie od późniejszej modyfikacji oraz brak daty w złożonych oświadczeniach, co skutkuje tym, że nie można przyjąć, by którekolwiek z nich posiadało moc obowiązującą na dzień ich przedłożenia zamawiającemu, a nadto brak uprawnień osoby podpisującej oświadczenia do reprezentacji podmiotu udostępniającego. Po przeprowadzeniu analizy kwestionowanych dokumentów skład orzekający uznaje, że zawierają one pisemne zobowiązanie do udostępnienia przystępującemu potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia i jest to zobowiązanie aktualne na dzień składania ofert. Okoliczność ta została, w wyniku żądania wyjaśnień potwierdzona przez wykonawcę kolejnym dokumentem wystawionym przez podmiot udostępniający. Odnośnie reprezentacji tego podmiotu Izba uznała za wiarygodny dokument o nazwie uchwała rady dyrektorów z dnia 8 maja 2012 r., z której treści wynika, że oprócz innych osób wskazywanych jako uprawnionych do jednoosobowej reprezentacji, figuruje również pan M..... S. L....., który podpisał zobowiązanie na potrzeby wykonawcy – przystępującego zgodne tak co do formy, jak i treści z wymogami art. 26 ust. 2b ustawy pzp.

W konsekwencji powyższego Izba uznaje, że zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, polegającego na jego niezastosowaniu i braku wykluczenia wykonawcy ELWO S.A. jest niezasadny, bowiem wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu wynikających z przepisów ustawy i postanowień siwz.

Oдноśnie dwóch zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako niezgodnej z postanowieniami siwz oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP, polegające na jego niezastosowaniu wobec rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, skład orzekający uznaje zarzuty za niezasadne.

Zgodnie z treścią pkt 4.2 siwz należało złożyć wraz z ofertą opis oferowanego rozwiązania technicznego filtra workowego i opis ten powinien zawierać szereg informacji zawartych w punktach od 1 do 13, w tym m. in. wstępny opis układu automatyki i sterowania. Jak zauważył odwołujący wykonawca ELWO S.A. został wezwany do złożenia, w trybie art. 87 ustawy do złożenia wyjaśnienia treści oferty w zakresie celu i sposobu wykorzystania wentylatora by-passu oraz wyjaśnienia „z uwagi na bardzo ogólny opis układu automatyki i sterowania, czy przedstawiony w Państwa ofercie układ automatyki i sterowania spełnia wszystkie wymagania dla tych układów przedstawione przez Zamawiającego w siwz? W odpowiedzi na to ostatnie pytanie wykonawca oświadczył, że układ automatyki i sterowania przedstawiony w ofercie spełnia wszystkie wymagania dla tych układów, przedstawione przez zamawiającego w siwz. Należy zauważyć, że zamawiający zadając pytanie dotyczące układu automatyki i sterowania, jakkolwiek stwierdził, że opis jest bardzo ogólny, nie kwestionował tego opisu i nie oczekiwał jego sprecyzowania, lecz żądał potwierdzenia zgodności z wymogami siwz. Oczekiwane potwierdzenie otrzymał, wobec czego i w świetle wymogu siwz złożenia wstępnego opisu, zarzut niezgodności treści oferty z treścią siwz nie jest zasadny.

Niesporne jest, że ceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert były znacząco wyższe od wartości przedmiotu zamówienia tj. oszacowania dokonanego przez zamawiającego przed wszczęciem postępowania. Są też wyższe od kwoty, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Z formalnego punktu widzenia, przy założeniu, że zamawiający prawidłowo dokonał wyceny przedmiotu zamówienia, nie zachodziły podstawy do przeprowadzenia procedury wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy pzp. Orzecznictwo KIO wskazuje przy tym na ewentualność badania ceny ofertowej jako potencjalnie rażąco niskiej w sytuacji, gdy zaoferowana cena odbiega znacząco od cen rynkowych czyniąc nierealną realizację zamówienia bez poniesienia straty. W rozpatrywanej sprawie, biorąc pod uwagę relacje wzajemne zaproponowanych cen oraz dodatkowo porównując je z wyceną zamawiającego, Izba uznała, że nie zachodziły podstawy do czynności wskazanych w ww przepisie ustawy, a w konsekwencji nie nastąpiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1 (nie wskazanego w odwołaniu).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

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

**Przewodniczący:** .....

.....

.....