

Sygn. akt: KIO 321/16

WYROK

z dnia 21 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Wojciech Świdwa

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2016 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S.A i Inżynieria Przemysł Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Karczewska 48, 05-400 Otwock**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Ekolog” Sp. z o.o. i Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe „Eko-Konsulting” Sp. z o.o., ul. Wapienna 35, 64-920 Piła** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Otwockiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Ekolog” Sp. z o.o. i Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe „Eko-Konsulting” Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a w pozostałym zakresie uznaje zarzuty i żądania odwołania za nieuzasadnione,**
2. **kosztami postępowania obciąża Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Karczewska 48, 05-400 Otwock 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: Inżynieria Rzeszów S.A i Inżynieria Przemysł Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Otwockiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Karczewska 48, 05-400 Otwock** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S.A i Inżynieria Przemysł Sp. z o.o., ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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

Otwockie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę Oczyszczalni Ścieków w Otwocku - zadanie II, III i IV. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 31 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 212-384205.

W dniu 4 marca 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Inżynieria Rzeszów S.A. i Inżynieria Przemysł Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

1) czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „Ekolog” Sp. z o.o. i Warszawskie Przedsiębiorstwo Konsultingowe „Eko-Konsulting” Sp. z o.o. (dalej: „Konsorcjum EKOLOG”), którzy także nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszono art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, a także art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;

2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EKOLOG z uwagi na fakt, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Konsorcjum EKOLOG nie złożyło wyjaśnień wraz z dowodami, które potwierdzałyby, że oferta Konsorcjum EKOLOG nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także z uwagi na fakt, że złożona przez Konsorcjum EKOLOG oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, czym naruszono art. 7 ust. 1, a także art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;

3) zaniechania czynności wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania z uwagi na fakt, że Konsorcjum EKOLOG nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację zamówienia, czym naruszono art. 7 ust. 1, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;

4) alternatywnie, w przypadku nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art 90 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację zamówienia, czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaś w przypadku nie uzupełnienia dokumentów, zaniechania wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;

5) innych, wymienionych w treści uzasadnienia odwołania, czynności.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

1. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum EKOLOG w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na fakt, że w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny Konsorcjum EKOLOG nie złożyło wyjaśnień wraz z dowodami, które potwierdzałyby, że oferta Konsorcjum EKOLOG nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także z uwagi na fakt, że złożona przez Konsorcjum EKOLOG oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

Odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przesłanej dnia 12 lutego 2016 r. Konsorcjum EKOLOG nie wyjaśniło kalkulacji ceny. Przeciwnie, Konsorcjum EKOLOG stwierdziło, że skoro cena jego oferty nie jest niższa co najmniej o 30% od wartości szacunkowej ani od średniej cen złożonych ofert, to zamawiający nie był uprawniony do wystosowania wezwania do złożenia wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że jest to założenie z gruntu błędne, bowiem 30% odchylenie ceny jest tylko przykładową przesłanką. Jak zaznaczył odwołujący, zasygnalizowane przesłanki ustawowe wszczęcia procedury z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp są wskazane nie jako jedyne, o czym świadczy sformułowanie „w szczególności”.

Jak zauważył odwołujący, jako uzasadnienie swoich wątpliwości zamawiający wskazał „te inne” źródła — zamiar zlecenia wykonania części zamówienia podwykonawcom. Zdaniem odwołującego, nie można odebrać zamawiającemu uprawnienia do wyrażania wątpliwości co do zaoferowanej ceny w żadnych warunkach. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje bowiem zamawiającego jako podmiot uprawniony i obarczony zarazem obowiązkiem wstępnej oceny czy cena wydaje się rażąco niska oraz czy budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że pomimo wyraźnego wezwania, zamiast wyjaśnień elementów oferty, Konsorcjum EKOLOG złożyło kalkulacje porównawcze, z których zdaniem tego wykonawcy ma wynikać niezasadność wezwania. Odwołujący podkreślił, że nie złożono żadnych ofert podwykonawców, które legitymowałyby wysokość zaoferowanej ceny. Z uwagi na powyższe, w ocenie odwołującego, za udowodniony należy uznać fakt, że Konsorcjum EKOLOG w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp nie złożyło wyjaśnień zaoferowanej ceny ani żadnych dowodów.

Jak podkreślił odwołujący, nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący wskazał na wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r. (sygn. akt V Ca 2214/06), z dnia 13 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3765/13), który dotyczył wyroku Izby z dnia 22 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2354/13), oraz z dnia 17 lutego 2014 r. (sygn. akt V Ca 3547/13), który dotyczył wyroku Izby z dnia 7 października 2013 r. (sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13). Odwołujący zauważył ponadto, że Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z dnia 8 czerwca 2006 r. (sygn. akt V Ca 459/06) wskazał, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości, co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty. Dla porównania odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2720/15.

Odwołujący zauważył, że w myśl art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zatem oferta Konsorcjum EKOLOG powinna zostać odrzucona.

Ponadto, odwołujący stwierdził, że za uznaniem, że cena oferty złożonej przez Konsorcjum EKOLOG jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia przemawia również fakt, że Konsorcjum EKOLOG nie wliczyło do ceny swojej oferty szeregu kosztów wynikających wprost z treści dokumentacji postępowania, co czyni zaoferowaną cenę ceną nierealistyczną, nie pozwalającą na realizację zamówienia. Odwołujący wskazał na brak szeregu pozycji w przedmiarze robót oraz w kosztorysie złożonym przez Konsorcjum EKOLOG wraz z ofertą szacując wartość niewycenionych w ofercie Konsorcjum EKOLOG elementów robót na kwotę 1 926 340,38 PLN, która w znacznym stopniu pokrywa różnicę

między ofertą odwołującego a ofertą Konsorcjum EKOLOG. Odwołujący zwrócił uwagę, że różnica ta wynosi 2 379 106,59 PLN. Odwołujący zaznaczył przy tym, że do kalkulacji ceny zastosował niewielkie marże handlowe. Jak stwierdził odwołujący, odjęcie kwoty 1 926 340,38 PLN od ceny oferty odwołującego wywołałoby konieczność realizacji zamówienia poniżej progu rentowności. Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zarzut, iż oferta Konsorcjum EKOLOG jest nierealistyczna i nie pozwoli na wykonanie zamówienia jest w pełni uzasadniony i udowodniony.

Wyprzedzając ewentualną argumentację, że kosztorys jest dokumentem pomocniczym odwołujący zwrócił uwagę na okoliczność, że Konsorcjum EKOLOG w części technologicznej dotyczącej Zadania III w pozycjach 1106 - 1177 dokonało wyceny robót, które są objęte opisem przedmiotu zamówienia, a które nie były ujęte w przedmiarach robót. Biorąc to pod uwagę odwołujący postawił pytanie dlaczego w taki sam sposób nie zostały wyszczególnione roboty konstrukcyjno-budowlane, których wycena winna zostać wykonana z uwagi na to, że są objęte opisem przedmiotu zamówienia, a nie były ujęte w przedmiarach robót. Odwołujący stwierdził, że w kosztorysie Konsorcjum EKOLOG widoczny jest brak konsekwencji w o wiele bardziej znaczących elementach mających wpływ na cenę. Jak zauważył odwołujący, odpowiedź można znaleźć w uzasadnionych wątpliwościach zamawiającego wyrażonych w piśmie wzywającym do złożenia wyjaśnień ceny. Odwołujący wskazał, że wycenione realnie roboty w części technologicznej nie zostały wskazane jako zakres zamierzonego podwykonawstwa. W części technologicznej, kalkulacja została wykonana przez Konsorcjum EKOLOG w sposób fachowy z zachowaniem realnych wskaźników cenotwórczych. Tymczasem w obszarze przewidzianym do zlecenia podwykonawcom, poprzez nie uwzględnienie w wycenie wielkiego zakresu robót, wycena ta została oderwana od wskaźników rynkowych. W związku z powyższym, zasadne było, zdaniem odwołującego, żądanie zamawiającego skierowane do Konsorcjum EKOLOG, aby wyjaśniło ceny robót planowanych do podzlecenia podwykonawcom.

W ocenie odwołującego, wyjaśnienia Konsorcjum EKOLOG w zakresie zastosowanych nośników cenotwórczych (stawka roboczogodziny, Kp, Zysk) są niespójne z kosztorysami załączonymi do oferty. Odwołujący zauważył, że poddano w nich konkretne stawki narzutów oraz wartość roboczogodziny, w kosztorysach ofertowych zaś podano konkretne podstawy nakładów, które z góry narzucają normy nakładów rzeczowych. Odwołujący wskazał, że celem zbadania prawdziwości podanych informacji dokonał sprawdzenia niektórych pozycji kosztorysowych, które w sposób jednoznaczny pokazują, że zamiarem Konsorcjum EKOLOG nie było wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofferowanej ceny, lecz manipulacja i wprowadzanie w błąd zamawiającego co do istniejących podstaw wyceny i skutków tej wyceny. Jak zauważył odwołujący, obiektywna

możliwość analizy zgodności wyjaśnień Konsorcjum EKOLOG ze stanem faktycznym istnieje w odniesieniu do kosztorysów branży konstrukcyjnej, architektonicznej, sanitarnej i technologicznej.

Odwołujący zaprezentował przykładowe rozbieżności, jakie wystąpiły pomiędzy kosztorysem ofertowym złożonym przez Konsorcjum EKOLOG, a kosztorysem przygotowanym przez odwołującego na bazie danych pochodzących z wyjaśnień Konsorcjum EKOLOG. Odwołujący wyjaśnił, że przedstawił wyłącznie te pozycje z kosztorysów Konsorcjum EKOLOG, w których przywołana podstawa nakładów obejmuje nakłady robocizny. Odwołujący stwierdził, że jak wynika z przedstawionego zestawienia, deklarowane w wyjaśnieniach stawki robocizny nie pokrywają się z tymi, które najprawdopodobniej zastosowano w kosztorysach ofertowych Konsorcjum EKOLOG. Co więcej, w niektórych przypadkach zastosowane stawki są zdecydowanie poniżej minimalnej stawki roboczogodziny. Powyższe, jak stwierdził odwołujący, stanowi samodzielną przesłankę potwierdzającą, że oferta Konsorcjum EKOLOG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314).

Odwołujący podsumował, że oferta Konsorcjum EKOLOG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - Konsorcjum EKOLOG nie złożyło wyjaśnień ceny wraz z dowodami potwierdzającymi, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. A zatem oferta Konsorcjum EKOLOG podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust 3 ustawy Pzp.

2. Zarzut zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania z uwagi na fakt, że Konsorcjum EKOLOG nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację zamówienia, czym naruszono art. 7 ust. 1, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp,

alternatywnie, w przypadku nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację

zamówienia, czym naruszono art. 7 ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaś w przypadku nie uzupełnienia dokumentów zaniechania wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp

2.1 Niewykazanie spełniania warunku posiadania doświadczenia zawodowego Konsorcjum EKOLOG

Odwołujący stwierdził, że złożone przez Konsorcjum EKOLOG oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez podmiot trzeci Sargyasz Aman (Kazachstan) nie zawiera informacji dotyczących zakresu udostępnionych zasobów, okresu udostępnienia zasobów, sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, relacji łączącej podmioty...). Zdaniem odwołującego, za uzupełnienie informacji w przedmiotowym zakresie nie można uznać wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum EKOLOG w dniu 12 lutego 2016 r. Wyjaśnienia te pochodzą bowiem od Konsorcjum EKOLOG nie stanowiąc, jak to być powinno, oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów nie wskazano zakresu wiedzy i doświadczenia dostępnych Konsorcjum EKOLOG. Wskazanie na zewnętrzny dokument (Załącznik 4 do oferty) jest, w ocenie odwołującego, niewystarczające. Jak wskazał odwołujący, Załącznik ten jest oświadczeniem Konsorcjum EKOLOG korzystającego z zasobów, a nie podmiotu udostępniającego potencjał. Powyższe nie tylko nie daje wiedzy, jakie zasoby zostały udostępnione, ale także zwalnia podmiot udostępniający z solidarnej odpowiedzialności za ewentualne szkody wynikłe z nieudostępnienia zasobów, może on bowiem odpowiadać wyłącznie za udostępnienie zasobów, które sam wskazał, a nie tych, które wskazał podmiot korzystający (wykonawca).

Odwołujący zauważył, że w orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślano, że to na wykonawcach spoczywa obowiązek udowodnienia realności dysponowania zasobami, na które się powołują (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1007/13, KIO 1021/13, KIO 1050/13, KIO 1054/13, w wyroku z dnia 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 1833/14, w wyroku z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt KIO 1840/14). Odwołujący przytoczył też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2014 r., sygn. akt KIO/1714/14.

Tymczasem, jak wskazał odwołujący, w treści pisma doręzonego w dniu 10 lutego 2016 r. zawierającego uzupełniane dokumenty, Konsorcjum EKOLOG położyło nacisk na to, że zamawiający nie wyraził w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) odpowiedniego żądania, co jak się wydaje w mniemaniu tego Konsorcjum, zwalnia Konsorcjum EKOLOG z obowiązków prawem wymaganych. Konsorcjum EKOLOG w dalszym ciągu nie złożyło oświadczenia o wystarczającej dla uznania skuteczności

i realności przekazania potencjału treści.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na całkowity brak w treści oświadczenia o udostępnieniu zasobów, niezbędnych informacji dotyczących zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia uznać należy, że udostępnienie jest fikcyjne. Przedmiotowe oświadczenie, zdaniem odwołującego, nie mogło i nadal nie może wywoływać skutku w postaci uznania spełniania warunków udziału przez rzekomego beneficjenta (Konsorcjum EKOLOG).

Odwołujący zwrócił również uwagę na brak dowodu, że Pani Z. A.A., która złożyła podpis pod zobowiązaniem, jest Dyrektorem spółki. Jak wskazał odwołujący, Konsorcjum EKOLOG ani do oferty, ani w odpowiedzi na wezwanie nie wykazało, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów podpisała osoba prawidłowo do tej czynności umocowana. W przekonaniu odwołującego, dołączenie do wyjaśnień z dnia 12 lutego 2016 r. oświadczenia własnego Pani Z. AA. (Rozkaz numer 058k z dnia 27 grudnia 2015 r. (dzień świąteczny!)) nie wyczerpuje obowiązku dowodowego w stopniu wystarczającym dla uznania, że osoba ta posiada stosowne umocowanie, bowiem żadna osoba samoczynnie nie obejmuje władzy nad podmiotem gospodarczym, który w całości lub większości nie jest jej własnością. Odwołujący stwierdził, że zawarte w wyjaśnieniach oświadczenie Konsorcjum EKOLOG, że ze Statutu Sargyasz Aman takie uprawnienie wynika uznać należy za gołosłowne.

Jak zauważył odwołujący, zgodnie z treścią punktu 8.2 ppkt. 3) SIWZ, jeżeli wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu będzie korzystał z potencjału innych podmiotów, a podmioty te będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, należy załączyć do oferty dokumenty potwierdzające, że wobec podmiotu udostępniającego nie występują podstawy wykluczenia z postępowania. Odwołujący stwierdził, że złożone wraz z ofertą Konsorcjum EKOLOG dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia z postępowania Sargyasz Aman nie spełniają wymogów SIWZ i odnośnych przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) w odniesieniu do podmiotów mających siedzibę poza granicami RP.

Odwołujący wskazał, że z dokumentu Zaświadczenie o ponownej rejestracji wydanego w dniu 27 grudnia 2010 r. nie wynika, że nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości. Dodatkowo, data wydania jest daleka od aktualnej (czyli nie późniejszej

niż 6 miesięcy od terminu składania ofert).

Ponadto, jak podniósł odwołujący, w ofercie, ani w dokumentach składanych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnień i wyjaśnień nie złożono dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia Sargyasz Aman na podstawie art. 24 ust 1 pkt 4-8, 9-11 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił również uwagę na okoliczność, że dążąc do wykazania spełniania warunku posiadania wymaganego doświadczenia zawodowego, pomimo nie otrzymania wezwania, Konsorcjum EKOLOG przedstawiło dwie referencje, które w jego zamiarze i zgodnie z jego oświadczeniem w treści wyjaśnień, miały zawierać informacje potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

- 1) referencje wystawione przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Andrychowie nie potwierdzają spełniania warunku aby Qdśr = 15 000 m³/d. W treści referencji zapisano, że Qdśr = 13275 m³/d. Nie wymieniono w nich także kotłowni.
- 2) referencje wydane przez Iwano-Frankowsko wodookotechprom z Ukrainy nie zawierają w swoim zakresie instalacji biogazu oraz kotłowni.

Odwołujący stwierdził, że wbrew oświadczeniu Konsorcjum EKOLOG, załączone referencje nie mogą decydować o uznaniu, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu posiadania doświadczenia zawodowego wymaganego w SIWZ i ogłoszeniu.

2.2. Nie wykazanie dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia

Odwołujący stwierdził, że Konsorcjum EKOLOG nie wykazało spełniania warunku opisanego w punkcie 8.1.2.1 lit. e SIWZ. Jak zauważył odwołujący, Konsorcjum EKOLOG w złożonym wykazie osób (strona 43 i nast.) w punkcie 5 na stanowisko Kierownika robót w specjalności drogowej wskazało Pana M. D. nie wykazując jednak posiadania uprawnień budowlanych w specjalności drogowej lub odpowiadających im ważnych uprawnień budowlanych wydanych w świetle wcześniej obowiązujących przepisów prawa. Brak także informacji, że osoba ta posiada doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót w branży drogowej na co najmniej jednej robocie budowlanej polegającej na budowie drogi klasy D o długości min. 100 mb.

2.3. Nie wykazanie warunku znajdowania się w sytuacji finansowej pozwalającej na realizację zamówienia

Jak zauważył odwołujący, w celu wykazania spełniania warunku opisanego w punkcie 8.1.3 SIWZ „Sytuacja ekonomiczna i finansowa” pod literą a) Konsorcjum EKOLOG załączyło do oferty Informację z Banku PKO BP S.A., z której wynika, że wykonawca ten posiada uruchomiony kredyt w kwocie 33 mln PLN. Pismem z dnia 5 lutego 2016 r.

zamawiający zwrócił się do Konsorcjum EKOLOG o wyjaśnienie treści tego dokumentu wskazując na konieczność wyjaśnienia, jakimi środkami z udzielonego już kredytu, dysponuje wykonawca. Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi Konsorcjum EKOLOG złożyło wraz z pismem złożonym w dniu 12 lutego 2016 r. dodatkowe dwa oświadczenia Banku: Informację o zdolności kredytowej, nazwaną „Informacją uzupełniającą” oraz Promesę kredytową. Informacja uzupełniająca zawiera stwierdzenie, że na dzień wydania pierwotnego zaświadczenia, EKOLOG Sp. z o.o. posiadała zdolność kredytową nie mniejszą niż 33 mln PLN.

Odwołujący zwrócił uwagę, że obydwa pisma Banku PKO BP S.A., tj. Informacja z Banku załączona do oferty, a także Informacja uzupełniająca załączona do wyjaśnień, wskazują na posiadanie tej samej zdolności kredytowej w kwocie 33 mln PLN. Obydwa pisma bowiem mówią wprost o sytuacji finansowej w tym samym dniu, tj. 27 października 2015 r. Odwołujący stwierdził, że treść obu tych informacji należy czytać łącznie, że w dniu 27 października 2015 r. EKOLOG Sp. z o.o. posiadała zdolność kredytową na kwotę 33 mln PLN, a także, że zdolność ta pozwoliła na utrzymanie kredytu na tę samą kwotę 33 mln PLN.

Jak wskazał odwołujący, zgodnie z treścią art. 70 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, bank uzależnia przyznanie kredytu od zdolności kredytowej kredytobiorcy. Przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie.

Przyjmując założenie, że Bank PKO S.A. wydając Zaświadczenie z dnia 27 października 2015 r., a także Informację uzupełniającą z dnia 9 lutego 2016 r., potwierdził prawdę materialną odwołujący stwierdził, że informacje znajdujące się w tych dwóch dokumentach odnoszą się w sposób obiektywny do tej samej zdolności kredytowej EKOLOG Sp. z o.o. Ponieważ zbadano, że EKOLOG Sp. z o.o. posiada zdolność kredytową do kwoty 33 mln PLN, przyznano temu podmiotowi kredyt w takiej właśnie wysokości i pozwolono na jego utrzymanie. Gdyby EKOLOG Sp. z o.o. zdolności w kwocie 33 mln PLN nie posiadał, nie mógłby otrzymać oraz utrzymać kredytu w takiej kwocie. Jak zaznaczył odwołujący, koniecznym jest zatem stwierdzenie, że odpowiedź Konsorcjum EKOLOG z dnia 12 lutego 2016 r. złożona na wezwanie zamawiającego z dnia 5 lutego 2016 r. stanowiła próbę obejścia żądania zamawiającego.

Z treści złożonych przez Konsorcjum EKOLOG dokumentów wynika wprost, w ocenie odwołującego, że według stanu na dzień 27 października 2016 r. podmiot ten posiadał zdolność kredytową na 33 mln PLN i wykorzystując tę zdolność skorzystał z kredytu na rachunku bankowym w kwocie 33 mln PLN.

Odwołujący wyjaśnił, że zdolność kredytową można podzielić na skonsumowaną

(w orzecznictwie Izby spotyka się określenie „przeszłej zdolności kredytowej”) i nieskonsumowaną. Odwołujący stwierdził, że gdyby EKOLOG Sp. z o.o. posiadała większą zdolność kredytową, niż to wynika z udzielonego już kredytu, wówczas Bank określiłby tę zdolność na odpowiednio wyższym poziomie. Skoro jednak tego nie uczynił koniecznym jest uznanie, że Konsorcjum EKOLOG nie wykazało się dysponowaniem na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia środkami na rachunku lub zdolności kredytowej w kwocie 20 mln PLN. Odwołujący podniósł również, że Konsorcjum EKOLOG nie wyjaśniło, jak tego żądał zamawiający, ile środków na rachunku pozostało z udzielonego już kredytu. Oznaczać to może, zdaniem odwołującego, że nie zostało nic, że Konsorcjum EKOLOG nie posiada żadnej zdolności ekonomicznej. Odwołujący podkreślił, że fakt, że wykonawca w przeszłości otrzymał kredyt, wskazuje na jego przeszłą zdolność kredytową, a nie oznacza jeszcze, że wciąż posiada zdolność kredytową w określonej wysokości, tj. że uzyskałby kolejny kredyt. Możliwe jest bowiem, że wykonawca całą swoją zdolność kredytową wykorzystał już na uzyskanie obecnie posiadanego kredytu. Jak zaznaczył odwołujący, kolejność przedstawiania dokumentów, która niejako została przez Konsorcjum EKOLOG odwrócona, nie może wpływać na odmienne rozumienie materiału dowodowego i zaistniałych faktów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że konieczność wykazania się faktycznym dysponowaniem środkami finansowymi z udzielonego kredytu potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący wskazał na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2797/14, z dnia 2 września 2014 r., sygn. akt KIO 1705/14, oraz z dnia 29 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1443/14.

Jak wskazał odwołujący, sytuacji Konsorcjum EKOLOG nie poprawiła złożona przy tym samym piśmie z dnia 12 lutego 2016 r. Warunkowa Promesa Kredytowa. Odwołujący stwierdził, że w treści tego dokumentu znajduje się co prawda oświadczenie o gotowości banku do udzielenia nowego kredytu, jednak Bank uzależnił udzielenie tego kredytu od przedstawienia dodatkowych zabezpieczeń. Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 70 ust. 2 ustawy Prawo bankowe sytuacja taka ma miejsce wówczas, gdy podmiot ubiegający się o kredyt, zdolności kredytowej już nie posiada:

„2. Osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej nie mającej osobowości prawnej, o ile posiada zdolność prawną, które nie mają zdolności kredytowej, bank może udzielić kredytu pod warunkiem:

- 1) ustanowienia szczególnego sposobu zabezpieczenia spłaty kredytu,
- 2) przedstawienia niezależnie od zabezpieczenia spłaty kredytu programu naprawy gospodarki podmiotu, którego realizacja zapewni - według oceny banku - uzyskanie zdolności kredytowej w określonym czasie.”.

Wobec powyższego, jak zaznaczył odwołujący, Konsorcjum EKOLOG składając Warunkową Promesę Kredytową udowodniło, że co prawda może dostać kolejny kredyt w kwocie 20 mln PLN, ale musi złożyć odpowiednie zabezpieczenia. Nie posiada zatem żadnej dopuszczonej przepisem rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane cechy: nie posiada zdolności kredytowej, którą mogłoby wykorzystać w realizacji zamówienia (jeszcze nie skonsumowanej), nie posiada też środków na rachunku. W związku z powyższym, zdaniem odwołującego, Konsorcjum EKOLOG nie wykazało spełniania warunku znajdowania się w sytuacji finansowej pozwalającej na realizację zamówienia.

Reasumując argumentację przedstawioną w obrębie punktu 2 (2.1-2.3) odwołujący podniósł, że w przypadku przyznania, iż oferta Konsorcjum EKOLOG podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy z uwagi na fakt, że nie złożyło wyjaśnień ceny, do których zostało przez zamawiającego wezwane, a także, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, Konsorcjum EKOLOG podlegałoby wykluczeniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odwrotnym przypadku zamawiający powinien, w ocenie odwołującego, wezwać Konsorcjum EKOLOG do wyjaśnienia i uzupełnienia treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zaś w przypadku ich nieuzupełnienia wykluczyć Konsorcjum EKOLOG w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Na marginesie odwołujący dodał, że dokumenty złożone bez wezwania do ich uzupełnienia nie powinny być brane pod uwagę podczas oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie ma bowiem pewności co do ich statusu w postępowaniu. Zaliczenie ich przez zamawiającego na korzyść wykonawcy przy jednoczesnym skutecznym podważeniu ich treści w toku rozprawy w Krajowej Izbie Odwoławczej może wywołać takie skutki, że wykonawca otrzyma bezprawnie kolejną możliwość uzupełnienia. Odwołujący wskazał, że taka sytuacja ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu - Konsorcjum EKOLOG dołączyło do wyjaśnień referencje i promesę kredytową, które mogły wyrzeć skutek w postaci uznania spełniania warunków udziału. Tymczasem, jak podkreślił odwołujący, żaden z tych dokumentów takiego spełniania warunków nie potwierdza. Co więcej, jak zaznaczył odwołujący, promesa kredytowa nie jest dokumentem, którego zamawiający żądał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym odwołujący pomocniczo wniósł o ustalenie przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Konsorcjum EKOLOG wyczerpało uprawnienia do uzupełniania dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz zdolności finansowej. Niezależnie zatem od wcześniejszych zarzutów i wniosków, powyższe skutkuje koniecznością wykluczenia Konsorcjum EKOLOG

z postępowania bez dalszych procedur sanacyjnych.

Mając na uwadze wyżej przedstawioną argumentacją odwołujący uznał za udowodnione zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, a także art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp na skutek czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu oferty, złożonej przez Konsorcjum EKOLOG, które, jako że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu, winno zostać wykluczone lub wezwane do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum EKOLOG oraz wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania;
3. alternatywnie, wezwania Konsorcjum EKOLOG do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia, a także znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej pozwalającej na realizację zamówienia, zaś przypadku nie uzupełnienia dokumentów, nakazanie wykluczenia Konsorcjum EKOLOG z postępowania w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;
4. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosiło Konsorcjum EKOLOG.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Konsorcjum EKOLOG, treść pisma zamawiającego z dnia 5 lutego 2016 r. skierowanego do Konsorcjum EKOLOG, treść wyjaśnień Konsorcjum EKOLOG z dnia 9 i 11 lutego 2016 r. oraz z dnia 11 marca 2016 r. wraz z załącznikami, oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono w części uwzględnieniu.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum EKOLOG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis zakłada możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu ceny ofertowej, czy daje ona szansę na prawidłowe wykonanie zamówienia. Ustawodawca dał w tym zakresie jednoznaczne wytyczne, kiedy z całą pewnością zamawiający musi wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności - oferta jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie, w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, ustawodawca zobowiązał zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 33 698 674,48 PLN netto, co po doliczeniu kwoty VAT (7 750 695,13 PLN) wynosi 41 449 369,61 PLN brutto. Izba ustaliła również, że w przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych dziesięć ofert, zaś zaoferowane ceny wahały się od 32 470 483,41 PLN do 43 053 661,23 PLN brutto. Średnia arytmetyczna wszystkich zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen wynosi 37 229 359,26 PLN.

Izba ustaliła również, że w piśmie z dnia 5 lutego 2016 r. zamawiający powołując się na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Konsorcjum EKOLOG do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazując, iż „załączone zestawienie kosztów dla poszczególnych zadań wskazuje, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia a wskazanie chęci podwykonania robót budowlanych oraz wskazanie w wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego którym to wykonawca składający ofertę wspólną spełnia warunki udziału wymaga wyjaśnienia ceny oferty oraz jej składowych”.

Odpowiadając na ww. wezwanie Konsorcjum EKOLOG wyjaśniło, że z porównania średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych oferty oraz ceny oferty Konsorcjum wynika, że cena Konsorcjum jest niższa od średniej o mniej niż 15%. W jeszcze mniejszym stosunku (ok. 8%) cena Konsorcjum EKOLOG różni się od budżetu zamawiającego (zakładając, iż budżet zamawiającego jest tożsamy z szacunkową wartością zamówienia). Biorąc powyższe pod uwagę Konsorcjum EKOLOG zapewniło zamawiającego o realności ceny zaproponowanej w swojej ofercie. Konsorcjum EKOLOG zaznaczyło również, że różnica pomiędzy ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert czy wartością budżetu zamawiającego dalece odbiega od wskazywanej przez ustawodawcę różnicy w wysokości 30% (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Niezależnie od powyższego, w celu dodatkowego wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w załączeniu do pisma Konsorcjum EKOLOG przekazało zestawienie porównawcze stawek zastosowanych przez Konsorcjum przy obliczaniu ceny, oraz tabelę zestawiającą część ofert, które zawierały ceny wyższe od wartości oferty Konsorcjum ze wskazaniem cen za poszczególne elementy zadania inwestycyjnego. Jednocześnie Konsorcjum EKOLOG wskazało, że biorąc pod uwagę treść rubryki w ww. tabeli (pkt b) pt. „Minimalne” (zawierającej ceny częściowe minimalne – wybór z części ofert innych wykonawców), należy stwierdzić, że przedmiotowe zadanie byłoby możliwe do wykonania w kwocie nawet niższej, niż zaproponowana przez Konsorcjum. Konsorcjum EKOLOG zauważyło również, że zamawiający nie wskazał na żaden konkretny aspekt, związany z ustaleniem ceny w ofercie Konsorcjum, który nastroczałby szczególnych wątpliwości. Z uwagi na powyższe Konsorcjum EKOLOG uznało, że przesłanie

zestawień tabelarycznych powinno być wystarczające w kontekście analizy prawdziwości twierdzeń wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum EKOLOG przedstawiło zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie zastosowanych przy obliczeniu ceny stawek oraz zestawienie pokazujące część ofert złożonych przez innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu ze wskazaniem cen za poszczególne elementy zadania inwestycyjnego. Izba stwierdziła, że wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum EKOLOG nie można uznać za wyczerpujące, ale wyjaśnienia te nie potwierdzają też, jak stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, że złożona przez Konsorcjum EKOLOG cena jest rażąco niska. Potwierdzenie prawidłowości wyliczeń dokonanych przez Konsorcjum EKOLOG stanowią złożone na rozprawie oferty Zakładu Usług Inwestycyjnych Konsult-Bud-Projekt I. G. oraz IDS BUD S.A.

Za nie wykazane Izba uznała twierdzenie odwołującego, że Konsorcjum EKOLOG nie wliczyło do zaoferowanej ceny szeregu kosztów wynikających z treści dokumentacji postępowania. Izba zważyła bowiem, iż zamawiający w pkt 23 Części I SIWZ w sposób jednoznaczny określił rolę kosztorysu składanego przez wykonawców wraz z ofertą. Zamawiający postanowił, iż „cena ujawniona w Zestawieniu Kosztów nie będzie weryfikowana pod względem zgodności z danymi zawartymi w kosztorysie ofertowym, który ma charakter wyłącznie pomocniczy.”. Co więcej, zgodnie z treścią SIWZ, „Przedmiar robót (...) z uwagi na ryczałtowy charakter ceny ofertowej, stanowi dokument pomocniczy do sporządzenia kalkulacji ceny przez wykonawcę. Podane w przedmiarach podstawy wyceny i ilości prac należy traktować jako orientacyjne.”. Wobec powyższego, brak jest podstaw do wywodzenia z treści kosztorysu Konsorcjum EKOLOG zarzutu, iż w swojej cenie nie uwzględniło ono poszczególnych kosztów wskazanych przez odwołującego w odwołaniu.

Wobec roli kosztorysu w przedmiotowym postępowaniu, oraz charakteru wynagrodzenia, brak w kosztorysie danych robót samo w sobie nie świadczy o braku wyceny danej części prac. O powyższym nie może również decydować brak konsekwencji w sposobie ujęcia w kosztorysie poszczególnych robót. Brak jest również pewności co do tego, że różny sposób ujęcia poszczególnych robót w kosztorysie wynika z okoliczności, iż część robót Konsorcjum EKOLOG zamierza powierzyć podwykonawcom.

O zaoferowaniu przez Konsorcjum EKOLOG rażąco niskiej ceny nie przesądza też przygotowane przez odwołującego zestawienie stawek roboczogodzin, które, zdaniem odwołującego, „najprawdopodobniej zastosowano w kosztorysach ofertowych Konsorcjum Ekolog”. Już sam odwołujący dokonując obliczeń opiera się na pewnych założeniach nie mając pewności co do prawidłowości dokonanych kalkulacji. Co więcej, brak jest też podstaw

do twierdzenia, że podstawą zatrudnienia przez Konsorcjum EKOLOG poszczególnych specjalistów będzie stosunek pracy, nie zaś umowy cywilnoprawne. Izba stoi przy tym na stanowisku, iż minimalne wynagrodzenie, o którym mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma zastosowanie wyłącznie do świadczeń, które stanowią w świetle art. 22 § 1 ustawy dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r., poz. 1502) stosunek pracy, w ramach którego pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudnienia pracownika za wynagrodzeniem. Tym samym, regulacji odnoszących się do minimalnego wynagrodzenia nie stosuje się do świadczeń, które powyższego charakteru nie mają i są realizowane zgodnie z odrębnymi przepisami prawa oraz z uwzględnieniem okoliczności faktycznych dotyczących przedmiotu lub charakteru świadczeń danej osoby na podstawie umów cywilnoprawnych o dzieło, zlecenia, współpracy w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła również pod uwagę utrwalony w orzecznictwie pogląd, iż ocenie pod kątem rażąco niskiej ceny powinna podlegać cena za cały przedmiot zamówienia, co jest aktualne w przedmiotowym postępowaniu tym bardziej, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy (pkt 23 Części I SIWZ).

Reasumując, Izba stwierdziła, mając na uwadze poziom różnicy pomiędzy ceną zaoferowaną przez przystępującego a szacunkową wartością zamówienia oraz średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, a także nieznaczne rozbieżności pomiędzy cenami zaoferowanymi przez poszczególnych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, że różnice pomiędzy ww. wartościami są wynikiem naturalnej konkurencji na rynku.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący nie wykazania przez Konsorcjum EKOLOG spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia z uwagi na okoliczność, iż złożone wraz z ofertą oświadczenie Saryagash-Aman o udostępnieniu zasobów nie zawiera informacji dotyczących zakresu udostępnianych zasobów podmiotu trzeciego, sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia.

Izba stwierdziła, iż Konsorcjum EKOLOG nie wykazało w sposób wystarczający, iż zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia udostępniane Konsorcjum EKOLOG przez podmiot trzeci Saryagash-Aman będą realnie w dyspozycji Konsorcjum EKOLOG. Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w brzemieniu obowiązującym po dniu 19 października 2014 r., wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach

zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Przepis ten wskazuje na określony ciężar dowodowy wiążący się z wykazaniem przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu przy udziale podmiotu trzeciego. Z tych też względów zamawiający nie ma uprawnień do przyjmowania w tym zakresie jakichkolwiek domniemań czy założeń – musi mieć pewność, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a także, iż wykazał dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego.

Wskazać należy, że interpretacja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp uległa znaczącej zmianie po wejściu w życie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zmiana ta miała istotne znaczenie także dla praktyki orzeczniczej związanej z interpretacją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Rozporządzenie to w § 1 ust. 6 wskazuje na badanie przez zamawiającego możliwości rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę w toku realizacji przedmiotu zamówienia. Regulacja ta przewiduje możliwość żądania w tym zakresie także dodatkowych dokumentów i informacji od wykonawców, w tym w szczególności dotyczących zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Powyższe wyraźnie wskazuje, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować udostępnianym mu w sposób konkretny i realny, określonym potencjałem w trakcie realizacji zamówienia.

Przy powoływaniu się przez wykonawcę na potencjał wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego zamawiający, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, uprawniony jest do badania czy wykonawca będzie dysponował zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów.

Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zawierać takie informacje, jak zakres dostępnych wykonawcy zasobów, sposób ich wykorzystania, charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, oraz

zakres i okres udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia. Tego typu informacji nie zawiera zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone przez Konsorcjum EKOLOG, a zatem nie można tu mówić o wykazaniu realności udostępnienia zasobów.

Jednocześnie, z uwagi na okoliczność, iż Konsorcjum EKOLOG nie było dotąd wzywane przez zamawiającego do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu (w dniu 5 lutego 2016 r. zamawiający wezwał jedynie Konsorcjum EKOLOG do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp), a wezwanie takie jest możliwe na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający powinien dokonać takiej czynności wzywając Konsorcjum EKOLOG do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego o właściwej treści bądź wykazania w inny sposób spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

Nie potwierdził się zarzut dotyczący braku wykazania przez Konsorcjum EKOLOG, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów podpisała osoba prawidłowo do tej czynności umocowana. Izba ustaliła, że pismem z dnia 5 lutego 2016 r. zamawiający wezwał Konsorcjum EKOLOG do uzupełnienia dokumentów stwierdzając, że „z załączonych dokumentów podmiotu trzeciego (Kazachstan) nie wynika jednoznacznie kto jest umocowany do składania oświadczeń woli w imieniu kazachów ze względu na brak dokumentu rejestrowego kazachów”. Odpowiadając na ww. wezwanie Konsorcjum EKOLOG wraz pismem z dnia 9 lutego 2016 r. przekazało zamawiającemu statut Saryagash-Aman wraz z jego tłumaczeniem na język polski, z którego wynika, iż dyrektor posiada umocowanie do działania bez pełnomocnictwa w imieniu Spółki, wydawania pełnomocnictw uprawniających do reprezentowania Spółki i odwoływania ich (pkt 6.4.3), oraz Rozkaz nr 058k z dnia 27 grudnia 2015 r., w którym pani A. A. Ż. przyjmuje obowiązki dyrektora Saryagash-Aman Sp. z o.o. Ww. dokumenty potwierdzają uprawnienie pani Ż. do działania w imieniu spółki Saryagash-Aman, a tym samym do podpisania oświadczenia o udostępnieniu zasobów. Uprawnienie to dodatkowo potwierdziło Konsorcjum EKOLOG przedstawiając na rozprawie Komentarz prawny dotyczący niektórych kwestii zatrudnienia dyrektora (indywidualnego organu wykonawczego) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Republice Kazachstanu oraz wyciąg z Kodeksu Republiki Kazachstanu z dnia 23 listopada 2015 r. nr 414-V ZPK Kodeksu pracy Republiki Kazachstanu i ustawy Republiki Kazachstanu z dnia 22 kwietnia 1998 r. Nr 220 o spółkach z ograniczoną i dodatkową odpowiedzialnością. Odwołujący nie przeprowadził dowodu przeciwnego w tym zakresie.

Izba stwierdziła, że twierdzenia odwołującego zawarte na stronie 17 odwołania dotyczące treści zaświadczenia o ponownej rejestracji złożonego dla Saryagash-Aman, jak też braku dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Saryagash-Aman na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 9-11 ustawy Pzp stanowią zarzuty, które Izba zobowiązana

jest rozpoznać. Okoliczność, iż zostały one sformułowane w treści uzasadnienia nie zwalnia Izby z obowiązku poddania ich rozpoznaniu. Izba zarzuty te uznała za niezasadne stwierdzając, iż zamawiający skorzystał z uprawnienia do żądania złożenia tych dokumentów w sytuacji, gdy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji części zamówienia (pkt 8.2 ust. 3 Części I SIWZ). Tymczasem Konsorcjum EKOLOG oświadczyło w piśmie z dnia 11 lutego 2016 r., iż podmiot trzeci Saryagash-Aman, na którego zasoby wiedzy i doświadczenia Konsorcjum się powołuje, będzie udzielał wsparcia w realizacji robót budowlanych przez koordynację robót oraz doradztwo w toku realizacji robót dotyczące ich przebiegu. Wobec powyższego, jako że spółka Saryagash-Aman nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, brak jest podstaw do wymagania złożenia przez Konsorcjum EKOLOG przedmiotowych dokumentów, a zatem brak jest też podstaw do kwestionowania ich treści.

Za bezzasadne Izba uznała twierdzenia odwołującego, iż złożone przez Konsorcjum EKOLOG wraz z pismem z dnia 11 lutego 2016 r. dwie referencje wystawione przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Andrychowie oraz przez Przedsiębiorstwo Komunalne „Iwano-Frankowskwodoekotechprom” z siedzibą w Iwano-Frankowsku nie potwierdzają spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia. Izba za wiarygodne uznała wyjaśnienia Konsorcjum EKOLOG, iż celem ich złożenia było wyłącznie uwiarygodnienie umiejętności Konsorcjum do realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś wykazanie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Potwierdził się zarzut nie wykazania spełnienia przez Konsorcjum EKOLOG warunku dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia w zakresie kierownika robót w specjalności drogowej. Zamawiający w pkt 8.1.2.1. lit. e wymagał wykazania przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót w specjalności drogowej posiadającą następujące kwalifikacje:

- uprawnienia budowlane w specjalności drogowej lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane w świetle wcześniej obowiązujących przepisów prawa,
- doświadczenie zawodowe polegające na pełnieniu funkcji kierownika budowy lub robót w branży drogowej na co najmniej jednej robocie budowlanej polegające na budowie drogi klasy D o długości min. 100 mb.

Bezsporne jest w przedmiotowej sprawie, że złożony przez Konsorcjum EKOLOG wykaz osób w zakresie informacji dotyczących pana M. D. wskazanego na stanowisko kierownika robót w specjalności drogowej nie zawiera wymaganych informacji w zakresie wskazanym przez odwołującego. Za nie mające wpływu na rozpoznanie przedmiotowego zarzutu Izba uznała przekazanie zamawiającemu przez Konsorcjum EKOLOG dokumentów w tym zakresie wraz z pismem z dnia 11 marca 2016 r., tj. po

wniesieniu odwołania. Dokumenty te nie zostały przez zamawiającego poddane ocenie, nie stanowiły przedmiotu jego badania, nie były też podstawą decyzji zamawiającego o wyborze oferty Konsorcjum EKOLOG jako najkorzystniejszej, a zatem nie mogą być też brane przez Izbę pod uwagę. Izba bada bowiem zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp. Co więcej, czynność przekazania zamawiającemu tych dokumentów przez wykonawcę nie niweluje obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że zamawiający zobowiązany jest wezwać Konsorcjum EKOLOG na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów dotyczących wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w zakresie kierownika robót w specjalności drogowej.

Za niezasadny Iza uznała zarzut dotyczący nie wykazania przez Konsorcjum EKOLOG spełniania warunku znajdowania się w sytuacji finansowej pozwalającej na realizację zamówienia. Izba ustaliła, że w pkt 8.1.3 SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców wykazania posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 20 000 000 PLN. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca zobowiązany był złożyć informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (pkt 8.2 lit. g SIWZ). Konsorcjum EKOLOG złożyło wraz z ofertą (strona 85) informację PKO BP S.A. z dnia 27 października 2015 r., w której bank stwierdził: „Nasz Bank prowadzi rachunki bieżące Spółki w PLN, EUR i USD. Współpraca z EKOLOG sp. z o.o. przebiega prawidłowo. W okresie współpracy EKOLOG sp. z o.o. aktywnie korzysta z produktów PKO BP S.A. w zakresie realizacji zabezpieczenia i finansowania kontraktów m.in. w Polsce, Ukrainie, Kazachstanie i Algierii, ale także w innych krajach leżących w zainteresowaniu Spółki. Bank finansował i obecnie finansuje wykonanie kontraktów realizowanych przez EKOLOG sp. z o.o. Na rzecz Spółki Bank wystawia gwarancje przetargowe, zwrotu zaliczek i dobrego wykonania. Obecnie Spółka korzysta z linii kredytowej w formie limitu kredytowego wielocelowego udzielonego do kwoty 33.000.000,00 PLN. (słownie: trzydzieści trzy miliony złotych 00/100). Bank zainteresowany jest finansowaniem dalszego rozwoju Spółki oraz jego kontraktów o wartości do 100.000.000 USD.”.

W piśmie z dnia 5 lutego 2016 r. skierowanym do Konsorcjum EKOLOG zamawiający stwierdził, że załączona informacja z banku dotycząca współpracy podpisana przez doradcę klienta korporacyjnego nie jest informacją banku o posiadanych środkach finansowych a wskazana zdolność kredytowa w formie limitu kredytowego wielocelowego wskazuje na jego udzielenie w kwocie 33.000.000 PLN i nie posiada przy tym żadnej informacji na temat

już wykorzystanej linii kredytowej, co może oznaczać, że linia ta została już wyczerpana. Odpowiadając na ww. pismo Konsorcjum EKOLOG przekazało zamawiającemu wraz z pismem z dnia 11 lutego 2016 r. informację PKO BP S.A. z dnia 9 lutego 2016 r., w której bank wyjaśnia, iż „Spółka na dzień wydania Informacji z dnia 27 października 2015 roku posiadała w opinii banku zdolność kredytową nie mniejszą niż 33 000 000,00 PLN (słownie: trzydzieści trzy miliony złotych 00/100). Wskazana w dokumencie zdolność kredytowa określona została na podstawie dokonanej, zgodnie z obowiązującymi w Banku przepisami, oceny bieżącej sytuacji ekonomiczno-finansowej Firmy przeprowadzonej w oparciu o posiadane w Banku jej dokumenty finansowe.” Izba stwierdziła, że ww. wyjaśnienie banku niweluje wątpliwości co do interpretacji informacji banku z dnia 27 października 2015 r. i potwierdza posiadanie przez EKOLOG Sp. z o.o. zdolności kredytowej wymaganej przez zamawiającego. Izba uznała, że brak jest podstaw do kwestionowania i weryfikowania treści dokumentów wydanych przez bank oraz badania skuteczności złożonych przez bank oświadczeń.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba za zasadne uznała koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 PLN, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący: