

Sygn. akt: KIO 1911/16

WYROK
z dnia 25 października 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2016 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 października 2016 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

orzeka

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miejski Ogród Zoologiczny w Łodzi Sp. o.o. z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Budowę wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano - wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium” na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego Sp. z o.o”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 15 czerwca 2016 roku pod numerem 2016 S/114-202912.

10 października 2016 roku działając na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami; dalej: „ustawa” lub „Pzp”) Odwołujący – wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) Wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty - Łódź” S.A. i SKB Development Spółka z o.o. Spółka komandytowa (dalej: „Konsorcjum Mosty - Łódź”) jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
- 2) Zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Mosty - Łódź pomimo, iż oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3) Zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Mosty - Łódź z Postępowania, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich - MIRBUD S.A., TKS Sp. z o.o., AAT Advanced

Aquarium Technologies Ltd pomimo, iż załączone do oferty zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wskazywały zakresu dostępnych zasobów, sposobu wykorzystania tych zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunków łączących wykonawcę z podmiotem trzecim oraz zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, jak również nie wskazywały na realne udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego wykonawcy;

- 4) Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia lub, ewentualnie zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z uwagi na celowe podanie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na rezultat postępowania lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień w zakresie treści załączonego do oferty wykazu robót pomimo, iż wskazane w jego treści zadanie „Rozbudowa Ścieżki Dydaktycznej w Śląskim Ogrodzie Zoologicznym w Chorzowie” nie spełnia zakreślonego przez Zamawiającego kryterium powierzchni oraz nie obejmuje wymaganej liczby biotopów lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania do uzupełnienia tego dokumentu;
- 5) Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobami niezbędnymi do wykonania zamówienia lub, ewentualnie zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z uwagi na celowe podanie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na rezultat postępowania lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień w zakresie treści załączonego do oferty wykazu osób pomimo, iż wskazana w jego treści Pani E.S. nie posiada doświadczenia jako kierownik robót sanitarnych przy wykonywaniu zadania „Budowa obiektu Afrykarium - Oceanarium wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZOO Wrocław Sp. z o.o. przy ul. Wróblewskiego 105 we Wrocławiu”, które to zadanie w całości realizował Odwołujący, co przesądza o niespełnieniu zakreślonego przez Zamawiającego wymogu dysponowania osobą posiadającą doświadczenie jako Kierownik Budowy lub Kierownik Robót przy budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 15 000 m² i basenu dla zwierząt wyposażonego w instalację podtrzymywania życia LSS o obojętności zbiornika co najmniej V=2000 m³ lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania do uzupełnienia tego dokumentu;
- 6) Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie

spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do uzupełnienia wystawionych w Związku Australijskim dokumentów potwierdzających, iż użyczający potencjał podmiot trzeci tj. spółka AAT Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, oraz nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;

- 7) Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia z uwagi na niewskazanie w stosunku do każdej z osób szczegółowych informacji na temat doświadczenia lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do wyjaśnienia treści tego dokumentu lub, ewentualnie zaniechaniu wezwania do uzupełnienia tego dokumentu.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający naruszył:

- 1) Art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 2) Art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia lub, ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do uzupełnienia następujących dokumentów:
 - zobowiązania podmiotu trzeciego - MIRBUD S.A.,
 - zobowiązania podmiotu trzeciego - TKS Sp. z o.o.,
 - zobowiązania podmiotu trzeciego - AAT Advanced Aquarium Technologies Ltd;
- 3) Art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem

- niezbędnymi do realizacji zamówienia, lub ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który celowo podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania lub ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień co do treści, załączonego do oferty wykazu robót, lub ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu;
- 4) Art. 22 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który celowo podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania lub ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień co do treści załączonego do oferty wykazu osób, lub ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu;
- 5) Art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia lub, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z § 3 ust. 4 i § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 - dalej: „Rozporządzenie”), przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wystawionych w Związku Australijskim dokumentów potwierdzających, iż użyczający potencjał podmiot trzeci tj. spółka AAT Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii, nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie;
- 6) Art. 22 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt. 7 Rozporządzenia przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przez niewskazanie w treści wykazu osób szczegółowych informacji odnośnie doświadczenia osób w nim wymienionych lub

ewentualnie art. 26 ust 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień co do treści załączonego do oferty wykazu osób, lub ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu.

Odwołujący wniosk o:

- 1) Uwzględnienie odwołania;
- 2) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu;
- 3) Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Mosty - Łódź z uwagi na fakt, iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Konsorcjum Mosty - Łódź z Postępowania lub, ewentualnie Nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich - MIRBUD S.A., TKS Sp. z o.o., AAT Advanced Aquarium Technologies Ltd;
- 6) Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z Postępowania lub ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do wyjaśnienia treści załączonego do oferty wykazu robót lub, ewentualnie do uzupełnienia tego dokumentu;
- 7) Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z Postępowania lub ewentualnie. wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do wyjaśnienia treści załączonego do oferty wykazu osób lub, ewentualnie do uzupełnienia tego dokumentu;
- 8) Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy z Postępowania lub, ewentualnie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do uzupełnienia wystawionych w Związku Australijskim dokumentów potwierdzających, iż użyczający potencjał podmiot trzeci tj. spółka AAT Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, nie orzeczono wobec niej zakazu ubiegania się o zamówienie.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu odwołania, wyjaśniając, jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podniósł, że na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, prowadzących w konsekwencji do wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum Mosty - Łódź jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, Odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie Odwołującego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi niewątpliwie szkodę. Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący wskazał, że w dniu 29 września 2016 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez Konsorcjum Mosty - Łódź. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Odwołujący zaznaczył, że mając na względzie treść oferty Wykonawcy wybranego tj. Konsorcjum Mosty – Łódź, czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

1. W zakresie zarzutu - rażąco niska cena.

W toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający stwierdził fakt występowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia w ofercie złożonej przez Konsorcjum Mosty – Łódź, które zaoferowało wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego za cenę 223.726.566,54 zł brutto.

Kwota ta stanowiła kwotę niższą aż o niemal sto sześćdziesiąt milionów złotych (41,13 %) od szacunkowej wartości zamówienia (tj. kwoty 380.034.494,87 zł brutto), niższą o ten sam odsetek od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tj. kwoty 380.034.330,00 zł brutto) oraz niższą o około dziewięćdziesiąt milionów złotych

(28,72 %) od ceny zaoferowanej przez Odwołującego (tj. kwoty 313.875.785,71 zł brutto), która to oferta była jedyną - obok oferty złożonej przez ww. konsorcjum - ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu.

Tak niska cena zaoferowana w ofercie złożonej przez Konsorcjum Mosty - Łódź musiała wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami oraz wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, w tym w szczególności przepisów prawa budowlanego oraz prawa pracy. Zamawiający zwrócił się więc do Konsorcjum Mosty - Łódź w trybie określonym w art. 90 ust. 1 ustawy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jak wynika z konstrukcji przepisów art. 90 ustawy, zaistnienie przesłanek zakreślonych w tym przepisie oraz wystosowanie przez Zamawiającego wezwania do wykonawcy skutkuje przyjęciem domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar obalenia tego domniemania spoczywa natomiast na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy. Koncepcja ta wielokrotnie znajdowała swoje odzwierciedlenie również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 24.06.2010 r. (KIO/UZP 1157/10] Izba stwierdziła, iż *wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem domniemania ceny rażąco niskiej, przy udzielaniu wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy.* Takie stanowisko KIO zajmowała również wcześniej, w wyroku z dnia 17.10.2008 r. (sygn. KIO/UZP 1068/08] oraz w wyroku z dnia 23.12.2008 r. (sygn. KIO/UZP 1443/08), prezentowane było ono również w orzecznictwie Sądów Okręgowych (m.in. wyrok SO w Częstochowie z dnia 01.04.2005 r. sygn. VI Ca 464/05). Na potrzebę wskazywania dowodów na twierdzenia przeciwne twierdzeniom Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny oraz konieczność wykazania, że możliwe i realne jest rzetelne i możliwe wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę wskazuje dodatkowo wyrok KIO z dnia 26.01.2010 r. sygn. KIO/UZP 1701/09.

Odwołujący argumentował, że mając powyższe na uwadze, wyjaśnień Konsorcjum Mosty - Łódź przedłożonych Zamawiającemu w dniu 23 września 2016 r. nie można w żadnym wypadku uznać za obalające zaistniałe w przedmiotowym stanie faktycznym domniemanie, iż oferta złożona przez Konsorcjum Mosty - Łódź zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. W szczególności wyjaśnienia te w żaden sposób nie wyjaśniają okoliczności mających wpływ na różnicę w wymiarze aż stu sześćdziesięciu milionów zł pomiędzy zaoferowaną ceną a wartością zamówienia. Nie sposób bowiem uznać, iż tak

znaczna różnica wynika z tak bagatelnych z punktu widzenia kalkulowania ogólnej ceny oferty kwestii, takich jak niewielka odległość siedziby pełnomocnika konsorcjum od placu budowy, posiadanie drobnego i już zamortyzowanego sprzętu budowlanego czy też wdrożenie systemu optymalizacji prac projektowych.

Odwołujący odniósł się szczegółowo do treści wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum Mosty - Łódź i podniósł, co następuje:

- 1) Osiągane przez członków konsorcjum wyniki finansowe oraz przyjęte przez te podmioty strategie biznesowe nie mają znaczenia z punktu widzenia oceny faktu występowania ceny rażąco niskiej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Usprawiedliwiać niską cenę mogą bowiem co prawda cechy i okoliczności zindywidualizowane, właściwe dla konkretnego wykonawcy, muszą mieć one jednak zawsze charakter obiektywny. Za taką obiektywną okoliczność nie może być w żadnym wypadku uznana polityka cenowa firmy, przyjęte strategie biznesowe, coroczne wykazywanie zysku i płynności finansowej, czy też pochodzenie kapitału członków konsorcjum. Argumenty podniesione w wyjaśnieniach należy w tym zakresie uznać w całości za chybione.
- 2) Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że przyjęcie formuły „zaprojektuj i wybuduj” dla przedmiotowego zamierzenia inwestycyjnego wpływa w przedmiotowym stanie faktycznym w jakikolwiek sposób na dokonywanie oceny przesłanek zakwalifikowania ceny złożonej oferty jako rażąco niskiej. Należy zwrócić uwagę, iż podstawy do określenia ceny ofertowej stanowi opis przedmiotu zamówienia, określony w tym wypadku w postanowieniach SIWZ, Programu Funkcjonalno - Użytkowego (PFU) oraz Koncepcji Architektoniczno - Budowlanej (KAB). Stopień szczegółowości wymagań Zamawiającego sformułowanych w ww. dokumentach w stosunku do znakomitej większości czynników cenotwórczych pozwala natomiast na stwierdzenie, iż zastosowanie „optymalizacji projektowej” w żadnym wypadku nie może pozwolić na oszczędności rzędu stu kilkudziesięciu milionów złotych (ponad 40%) w stosunku do wartości zamówienia. Powołane w tym zakresie w złożonych przez konsorcjum wyjaśnieniach orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej należy natomiast traktować wyłącznie jako odnoszące się do okoliczności konkretnych spraw, w których zostały wydane. Wskazane w nich twierdzenia, iż o cenie decydują przede wszystkim takie czynniki jak „wybrane rozwiązania techniczne” czy „oryginalność projektu wykonawcy” nie mogą być traktowane jako zasada mająca zastosowanie do każdego, w tym również przedmiotowego, stanu faktycznego. Zbadać bowiem

każdorazowo należy przede wszystkim zakres swobody przyznanej przez Zamawiającego wykonawcom w zakresie przyjmowania tego rodzaju rozwiązań. W przedmiotowym stanie faktycznym zakres tej swobody z całą pewnością nie pozwala natomiast na tak daleko idącą „optymalizację”, na jaką wskazuje konsorcjum w złożonych wyjaśnieniach, uzasadniając cenę o ponad 40% niższą od szacunków Zamawiającego. Nie uzasadnia tego zresztą w żaden sposób treść wyjaśnień przedłożonych Zamawiającemu.

- 3) Całkowicie niewiarygodne jest także twierdzenie, iż na obniżenie ceny oferty w jakikolwiek choćby sposób wpływ miałyby mieć pozyskanie na wyłączność firmy projektowej. Co do zasady bowiem to przedmiot współpracy z podmiotem trzecim i jej zakres ma decydujące znaczenie z punktu widzenia jej kosztów. Stuprocentowe zaangażowanie zasobów podmiotu trzeciego na zasadzie wyłączności jest natomiast czynnikiem niewątpliwie wpływającym na zwiększenie, a nie jak chciałoby konsorcjum - na zmniejszenie kosztów ponoszonych z tytułu takiej współpracy. Niezależnie od powyższego wskazać należy, iż ARC 2 Fabryka Projektowa Sp. z o.o., z którą na fakt wyłącznej współpracy powołuje się konsorcjum w treści złożonych wyjaśnień, nie została wskazana w złożonej ofercie jako podwykonawca. Spółka ta znajduje się również w złej kondycji finansowej, niedającej rękojmi należytej realizacji podjętych zobowiązań. Odwołujący ustalił, iż spółka ta od dwóch lat nie składa sprawozdań finansowych. Dokumenty finansowo - księgowo, w tym księgi rachunkowe, spółki zajęte zostały przez Prokuraturę Okręgową Wydział VI ds. przestępczości gospodarczej. Z ostatniego dostępnego sprawozdania finansowego spółki (z 2013 r.) wynika, iż notowała ona stratę netto w wysokości 1,3 mln złotych przy przychodach rzędu 1,1 mln złotych. Powyższe wskazuje, iż spółka ta jest podmiotem jedynie formalnie funkcjonującym w obrocie, jednakże z uwagi na ilość zobowiązań finansowych i brak zdolności ich zaspokajania nieprowadzącym już działalności operacyjnej. (Dowód: informacja z dnia 6.10.2016 r. o sytuacji finansowej spółki ARC2 Fabryka Projektowa Sp. z o.o. (w załączeniu), pismo spółki z dnia 22.07.2016 r. informujące o przekazaniu dokumentacji księgowej do prokuratury (w załączeniu). Z uwagi na powyższe, wszelkie wyjaśnienia odwołujące się do faktu współpracy z ww. spółką uznać należy za całkowicie niewiarygodne.
- 4) Całkowicie nieistotny z punktu widzenia możliwości zaoferowania tak niskiej ceny uznać należy również fakt oddalenia siedziby Mostów Łódź od miejsca realizacji robót stanowiących przedmiot zamówienia publicznego o ok. 3,7 km. Jak bowiem

przyznano w treści tych samych wyjaśnień zasadnicza część robót powierzona zostanie podwykonawcom, mającym siedzibę w Skierniewicach, Katowicach oraz Australii. Co również istotne, przy tej skali kontraktu kwestia lokalizacji zaplecza budowy ma w zasadzie pomijalne znaczenie dla ponoszonych kosztów organizacji. Również posiadanie w tej lokalizacji betoniarni nie może wpłynąć znacząco na koszty robót. Przewidziane do wykonania żelbetu stanowią bowiem mniej niż jedną dziesiątą wartości przedmiotowego zamówienia. Wskazać dodatkowo należy, iż wycena zdecydowanej większości robót i dostaw jest niezależna od lokalizacji koordynatora przedmiotowego przedsięwzięcia. W zasadzie większość prac związanych z realizacją obiektu „Orientarium” to prace wysoce specjalistyczne, których wykonawcy lub dostawcy mają swoje siedziby poza granicami kraju, jak choćby akryle (USA czy Japonia) oraz technologia uzdatniania wody (USA, Australia).

- 5) Niewiarygodne są również twierdzenia, jakoby tak znaczna różnica w cenie mogłaby być wynikiem wynegocjowania korzystnych stawek w umowach z podwykonawcami oraz dostawcami. Przede wszystkim wskazać należy, iż żaden z członków konsorcjum nie legitymuje się doświadczeniem w realizacji obiektów kubaturowych, powołując się w tym zakresie wyłącznie na potencjał innych podmiotów. Wysoce wątpliwa jest zatem znajomość rynku podwykonawców tego typu obiektów, na którą to znajomość konsorcjum szeroko powołuje się w złożonych wyjaśnieniach. Dodatkowe zdziwienie budzi fakt, iż wykonawca liczy na dalsze obniżanie cen uzyskanych od podwykonawców i dostawców już po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w toku postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Nie może bowiem umknąć uwadze, iż konsorcjum nie jest zdolne do samodzielnej realizacji zamówienia bez udziału podwykonawców, udostępniających mu swoje zasoby. Dalsze obniżanie cen zależne jest natomiast także od woli tychże podwykonawców. Wskazywanie, iż ceny uzyskane od podwykonawców ulegną obniżeniu „o ok. 5-10%” stanowi zatem tylko i wyłącznie spekulację, która nie może być uznana za wiarygodne uzasadnienie zaoferowania tak niskiej ceny w ofercie wykonawcy.
- 6) Przepisy prawa zamówień publicznych wprost nakładają na Zamawiającego obowiązek dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, z uwzględnieniem wszelkich elementów mających wpływ na wysokość ceny. Przyjąć zatem należy, iż postanowienia SIWZ, PFU oraz KAB stanowią zamknięty katalog okoliczności, które muszą być wzięte pod uwagę przy

dokonywaniu wyceny. Wobec tego faktu przyjąć należy, iż nie ma żadnego znaczenia fakt udziału przedstawicieli konsorcjum udziału w zorganizowanej przez Zamawiającego wizji lokalnej w miejscu inwestycji.

- 7) Wskazać należy, iż fakt posiadania przez wykonawcę, choćby już zamortyzowanego, drobnego sprzętu budowlanego (np. szalunków, pił mechanicznych, młotów, zagęszczarek, drobnego sprzętu elektrycznego) nie może stanowić przyczyny aż tak znaczącego obniżenia ceny. Koszt zakupu tego rodzaju sprzętu w skali całej inwestycji jest bowiem w zasadzie pomijalny.
- 8) Konsorcjum Mosty - Łódź podkreśla również, iż przygotował ofertę z wykorzystaniem i przy założeniu wykorzystania na etapie realizacji robót systemu BIM (Building Information Modelling), który to system pozostaje wdrażany przez PRM Mosty Łódź S.A. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, iż w treści wyjaśnień (m.in. str. 9, 10 i 19) wielokrotnie wskazano, iż przedmiotowy system pozostaje dopiero na etapie jego wdrażania w przedsiębiorstwie. Z faktu tego wynika, iż spółka PRM Mosty Łódź SA najprawdopodobniej nie miała jeszcze okazji do jego praktycznego wykorzystania. Nie dziwi zatem, że w swoich wyjaśnieniach odwołuje się ona wyłącznie do „artykułów i publikacji” na temat stosowania BIM, nie wykazując jednocześnie bezpośredniego przełożenia kwestii zastosowania tego systemu na cenę oferty. Jednakże z wyjaśnienia złożonego przez Konsorcjum Mosty - Łódź, na wezwanie Zamawiającego w sprawie rażąco niskiej ceny wynika, że wdrażany BIM zmniejszy tylko i wyłącznie koszty projektowania o ok. 10% (strona 10 wyjaśnienia rażąco niskiej ceny). Natomiast w ofercie Wykonawcy Konsorcjum Mosty - Łódź czytamy, że cena za projekt Oreintarium (zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy Konsorcjum Mosty - Łódź wykonywanym przez ARC2 Sp. z o.o.) wynosi ok. 13 000 000 zł, a dla porównania - cena za projekt - wykonany przez tę samą pracownię projektową tj. ARC2 Sp. z o.o. - dla obiektu porównywalnego (Afrykarium Wrocław) wynosiła ok. 5 000 000 zł. Nastąpił więc zasadniczy wzrost ceny za projekt, a nie jego zmniejszenie.
- 9) Całkowicie niewiarygodne są również twierdzenia, iż ponad czterdziestoprocentową różnicę w cenie pomiędzy szacunkiem dokonany przez Zamawiającego a ceną oferty wykonawcy mogło spowodować zaoferowanie minimalnego wymaganego okresu gwarancji. Po pierwsze z uwagi na fakt, iż wartość przedmiotowego zamówienia publicznego musiała być przez Zamawiającego oszacowana przy uwzględnieniu minimalnego, a nie maksymalnego, okresu gwarancji. Po drugie natomiast trudno uwierzyć, iż koszty realizacji zobowiązań z tytułu gwarancji na

roboty budowlane miałyby mieć „bardzo znaczący wpływ na koszty całego zamówienia” i miałyby wynosić aż sto kilkadziesiąt milionów złotych.

10) Na otwarciu ofert w dniu 8 września 2016 Zamawiający poinformował, że na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć 380 034 330 złotych brutto tj. 308 971 000 złotych netto. Taka kwota figuruje także w protokole postępowania.

W postępowaniu oferty złożyli:

- P.B. Inter-System S.A. na kwotę 313 875 785 złotych brutto
- Konsorcjum Mosty - Łódź na kwotę 223 726 566 złotych brutto.

Oferta Konsorcjum Mosty - Łódź stanowi 58,87% budżetu Zamawiającego czyli spełnia kryteria rażąco niskiej ceny bo jest niższa o ponad 30% od budżetu Zamawiającego odczytanego na otwarciu ofert. Ponadto oferta Konsorcjum Mosty - Łódź jest niższa od oferty P.B. Inter-System S.A. o 28.72 %. Wartościowo oferta Konsorcjum Mosty - Łódź w stosunku do budżetu Zamawiającego jest niższa o 156 307 763 złotych brutto, a w porównaniu do oferty P.B. Inter-System S.A. o 90 149 219 złotych brutto.

Odwołujący przedstawił rażąco niskie ceny wybranych pozycji z zakresu „Kosztorysu ofertowego” [„Tabeli Wartości Robót”] - tabela ta była obligatoryjnym załącznikiem do ofert złożonych w postępowaniu. Tabela zawiera kilkaset pozycji rodzajów robót, dlatego stanowi bardzo dobre narzędzie do analizy wartości poszczególnych zakresów robót. Jej celem było umożliwienie porównania ofert na etapie ich badania jak również rozliczenie wykonanych robót na etapie realizacji zgodnie z paragrafami nr 5 „Wynagrodzenie” i nr 6 „Rozliczenie Umowy, wzoru umowy. Kosztorys ofertowy był także narzędziem do określenia czy cena ofertowa Wykonawcy nie jest rażąco niska, co potwierdził Zamawiający w odpowiedzi na poniższe pytanie:

Pytanie 123 z dnia 18 lipca 2016:

PFU pkt.3.1.7 [Definicje]. Prosimy o wyjaśnienie na jakiej podstawie prawnej Zamawiający będzie akceptował Kosztorys ofertowy.

Odpowiedź 123:

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian. Kosztorys załączony do oferty jest elementem pomocniczym, a jego akceptacja będzie jednoznaczna z akceptacją ceny oferty - jako ceny nie będącej rażąco niską.

Pozycja nr B.1.3. z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Roboty ziemne”.

Wartość ww. pozycji wg Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 718 896 złotych netto, natomiast Zamawiający oszacował ją na 3 727 960 złotych netto przy ilości 109 421 m³ wykopu. Powyższe kwoty po przeliczeniu ich na ceny jednostkowe dają następujące wartości: u Konsorcjum Mosty-Łódź 6,57 złotych netto za 1 m³ wykopu, natomiast u Zamawiającego 34,07 złotych netto za 1 m³ wykopu. Tymczasem cena rynkowa wg. KNR 2-01 0203-01 0214-03 i Sekocenbud za III kw. 2016 dla miasta Łodzi wynosi 42,38 złotych netto za 1 m³ wykopu. Według PFU koncepcja przekazana przez Zamawiającego do przetargu stanowi podstawę wyceny i zgodnie z zapisami na stronie nr 11 „Przedmiot zamówienia odnosi się do koncepcji programowo-przestrzennej zatwierdzonej przez Zamawiającego. Załączone wizualizacje oraz animację należy potraktować jako wytyczne Zamawiającego, przedstawiające, formę i charakter rozwiązań architektonicznych dotyczących zarówno budynków, wybiegów zewnętrznych i wewnętrznych, zagospodarowania terenu jak i wnętrza „Orientarium” oraz na stronie 39:

„Wielkości możliwych przekroczeń lub pomniejszenia przyjętych parametrów powierzchni i kubatur lub wskaźników.

Dopuszcza się tolerancję dla parametrów powierzchni:

- dla powierzchni w obrębie projektowanych budynków +/- 5%, pod warunkiem spełnienia przez wszystkie pomieszczenia wymagań funkcjonalnych określonych w niniejszym opracowaniu oraz spełnienia wymagań Zamawiającego i obowiązujących przepisów budowlanych.*
- dla powierzchni pawilonów wybiegów zewnętrznych +/- 7% dla powierzchni wybiegów zewnętrznych i fos +/- 7%*
- dla powierzchni niecek basenowych +/- 3%”*

W związku z powyższym, mając na uwadze wskazaną w koncepcji powierzchnię zabudowy (zgodnie z rysunkiem : 2_PARTER_500.pdf), przekroje obiektu (rysunek : 5_PRZEKRÓJ A-A.pdf) oraz mapę geodezyjno-wysokościową (rysunek I_PZT_1000.pdf) Odwołujący wskazał, że łatwo jest dokonać obliczeń ilości objętości niezbędnego wykopu. I tak tylko dla pawilonu głównego, którego powierzchnia zabudowy wynosi wg koncepcji 13 500 m², a głębokość według przekroju wynosi 5,60 m - łączna objętość wykopu wynosi 75 600 m³, dodając niezbędne ilości wykopu dla odsadzek tego obiektu tj. ok. 10 000 m³, łącznie otrzymujemy około 85 000 m³ Dodatkowo trzeba zniwelować teren pod posadowienie pawilonu głównego, gdyż w środkowej części występuje nadmiar w ilości około 2-ch metrów

co stanowi około 15 000 m³, czyli sumarycznie można przyjąć, że ilość niezbędnego do wykopu gruntu pod pawilon główny wynosi około 100 000 m³. Zatem kalkulacja Zamawiającego co do ilości tej pozycji jest poprawna.

Konkludując Odwołujący wskazał, że nie da się za cenę zaproponowaną przez Konsorcjum Mosty-Łódź wykonać wykopów w niezbędnej ilości tak, aby było to zgodne z koncepcją projektową. Ponadto należy zauważyć, że nie można zrezygnować z kondygnacji podziemnej podnosząc cały budynek o jej wysokość, zachowując wszystkie funkcje i wielkość obiektu przedstawionego w koncepcji. Jest to niemożliwe, gdyż po pierwsze we wniosku złożonym przez Zamawiającego do ustalenia MPZ maksymalna wysokość obiektu budowanego w tym miejscu nie może być większa niż określona w koncepcji, w dodatku teren Zoo Łódź sąsiaduje z Parkiem Miejskim, gdzie wokół nie ma wyższych zabudowań od przedstawionego w koncepcji Orientarium. Po drugie zmianie ulega estetyka, proporcje całego obiektu, a także funkcjonalność. Poziom wybiegów wewnętrznych różniłby się wtedy znacznie od poziomu wybiegów zewnętrznych czyli zwierzęta musiałyby się poruszać między wybiegami na różnych poziomach. W przypadku wybiegu dla słoni byłoby to przynajmniej 4,50m różnicy wysokości. Na przykład poziom lustra wody w basenie dla słoni znajdowałby się na wysokości ok. 4 m uniemożliwiając zwierzętom dostanie się do niego z poziomu wybiegu zewnętrznego.

Nie ma zatem możliwości zrealizowania tego zakresu prac zgodnie z SIWZ i PFU za kwotę przypisaną do tego zadania przez Konsorcjum Mosty-Łódź w związku z czym należy uznać, że jest to cena rażąco niska.

Pozycja nr B.1.1. z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Zabezpieczenie wykopu ścianką szczelną”

Wartość pozycji wg Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 44 730 złotych netto, natomiast Zamawiający oszacował ją na 4 279 524 złotych netto, czyli 100 razy więcej. Aby zabezpieczyć wykop niezbędne jest wbicie ok. 956 mb ścianki szczelnej (wg wartości zamówienia) i obmiar ten pokrywa się z obliczeniami IS. Według KNR 9-06 0101-04 + KNR 9-06 0102-04 i Sekocenbud III kw. 2016 cena jednostkowa wbicia metra bieżącego ścianki o głębokości 8m wynosi 5 199 zł netto. Dysproporcja pomiędzy powyższymi wartościami jest tak ogromna, że należy uznać iż Konsorcjum Mosty-Łódź nie uwzględnił wcale szczelnego zabezpieczenia wykopu przy pomocy grodzic stalowych, co jest niezbędne do wykonania kondygnacji podziemnej w suchym wykopie, bowiem zgodnie z opinią geotechniczną przekazaną przez Zamawiającego [dokument : LODŹ Konstanyńska 8-10 Orientarium -

opinia geotechniczna.pdf, str. 9] poziom wody gruntowej „waha się od 2,5 m do 4,7 m p.p.t., a jej obecny stan uznaje się za bardzo niski” i „obserwowany obecnie stan swobodnego zwierciadła pierwszej warstwy wodonośnej uznaje się za bardzo niski, średnio jest o jeden metr wyżej, a po długotrwałych intensywnych opadach lub wiosennych roztopach może okresowo i lokalnie podnosić się o 2 m”. W związku z tym nie można pominąć wykonania zabezpieczenia wykopu ścianką szczelną z grodzic stalowych lub inną metodą, np. ścianką szczelinową [żelbetową] zachowując wytyczne koncepcji i PFU. Wycena całości robót żelbetowych przez Konsorcjum Mosty-Łódź jest na bardzo niskim poziomie cenowym i nie daje możliwości w jej ramach skalkulowania jakiegokolwiek żelbetowego zabezpieczenia wykopu jak np. ścianka szczelinowa, co wykażemy w kolejnych przykładach.

Nie ma zatem możliwości zrealizowania tego zakresu prac zgodnie z SIWZ i PFU za kwotę przypisaną do tego zadania przez Konsorcjum Mosty-Łódź w związku z czym należy uznać, że jest to cena rażąco niska.

Pozycja nr B.1.5 i B1.6 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Płyta fundamentowa - betonowanie i zbrojenie”.

Wartość obu pozycji wg Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 4 439 119 złotych netto, natomiast Zamawiający oszacował ją na 12 734 084 złotych netto. Zakładając płytę fundamentową dla tego typu obiektów o grubości 1,2 m, podobnie jak na analogicznym obiekcie Afrykarium-Oceanarium we Wrocławiu, gdzie projekt konstrukcji wykonała przecież firma ARC2 objętość płyty fundamentowej powinna wynosić $14\ 000\ \text{m}^2 \times 1,2\ \text{m} = 16\ 800\ \text{m}^3$; a z uwzględnieniem odsadzek i przegłębień lokalnych pod szyby windowe jej objętość jest w przybliżeniu zgodna z obmiarem Zamawiającego w ilości $19\ 846\ \text{m}^3$. Obmiar jest bardzo prosty do wykonania na podstawie na podstawie rysunków „4_PIWNICA_5Q0.pdf” i „5_PRZEKRÓJ A-A.pdf” Zgodnie z doświadczeniem przy budowie podobnego konstrukcyjnie Afrykarium-Oceanarium i sztuką budowlaną przyjmuje się dla płyt fundamentowych obiektów kubaturowych około 100 - 120 kg stali zbrojeniowej na $1\ \text{m}^3$. Jak łatwo policzyć wymagana ilość stali dla płyty fundamentowej to $19\ 846\ \text{m}^3 \times 0,11\ \text{t}/\text{m}^3 = 2\ 183\ \text{t}$ co jest wartością zbliżoną do obmiaru Zamawiającego w ilości 1 985 t. Cena rynkowa za wykonie $1\ \text{m}^3$ płyty fundamentowej wg KNR 2-02 0205-01 i Sekocenbud za III kw. 2016 dla miasta Łodzi wynosi $293\ \text{zł}/\text{m}^3$, odpowiednio cena za przygotowanie i montaż zbrojenia wg KNR 2-02 0290-02 i Sekocenbud za III kw. 2016 dla miasta Łodzi wynosi $3\ 998\ \text{zł}/\text{t}$ co przy $110\ \text{kg}/\text{m}^3$ daje cenę 440 złotych netto za $1\ \text{m}^3$, łącznie cena za wykonanie płyty fundamentowej [szalowanie, betonowanie i zbrojenie] wynosi $293\ \text{zł}/\text{m}^3 + 440\ \text{zł}/\text{m}^3 = 733\ \text{zł}/\text{m}^3$. Za ten zakres cena jednostkowa

Zamawiającego to 641 zł/m³ , a Konsorcjum Mosty-Łódź 223 zł/m³. Za cenę jednostkową Konsorcjum Mosty-Łódź można co najwyżej wykonać płytę fundamentową trzykrotnie cieńszą, co może prowadzić w konsekwencji do katastrofy budowlanej. Płyty fundamentowej nie można tak drastycznie zoptymalizować gdyż nie spełni założeń konstrukcyjnych. Kwota przypisana do tej pozycji przez Konsorcjum Mosty-Łódź wystarcza jedynie na zakup samego tylko betonu bez kosztów jego wbudowania, transportu, szalowania oraz bez kosztów zakupu i montażu zbrojenia.

Nie ma zatem możliwości zrealizowania tego zakresu prac zgodnie z SIWZ i PFU za kwotę przypisaną do tego zadania przez Konsorcjum Mosty-Łódź w związku z czym należy uznać, że jest to cena rażąco niska.

Pozycja nr B.1.7 i B.1.8 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Konstrukcje żelbetowe - betonowanie i zbrojenie”.

Wartość obu pozycji wg Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 10 156 190 złotych netto, natomiast Zamawiający oszacował ją na 21 943 064 złotych netto. Obmiar konstrukcji żelbetowej dla obiektu Orientarium można wykonać na podstawie rysunków „4_PIWNICA_500.pdf”, „2_PARTER_500.pdf”, „3_PIEŹTRO_500.pdf”, „5_PRZEKRÓJ A-A.pdf”. Zakładając za Zamawiającym i koncepcją projektową ilości konstrukcji żelbetowych na poziomie 17 957m³ betonu, daje to cenę jednostkową konstrukcji żelbetowej (wraz ze zbrojeniem) 1 222 zł/m³. Dla porównania ilość betonu, która konieczna była do wybudowania konstrukcji żelbetowej ponad płytą fundamentową podobnego obiektu Afrykarium to 22 590 m³ Trudno dywagować, jednak statystycznie rzecz ujmując wydaje się, że obmiar przyjęty przez Zamawiającego jest nawet stosunkowo niski jak za obiekt który jest kubaturowo większy o około 40%. Kubatura pawilonu głównego Orientarium to 13 500m² powierzchni zabudowy razy średnia wysokość 16,5 m tj. 222 750 m³, natomiast kubatura budynku głównego Afrykarium liczona w analogiczny sposób wynosi 158 700 m³. Tak więc do dalszych porównań Odwołujący przyjął obmiar Zamawiającego, który i tak wydaje się być zaniżony. Ilość konstrukcji żelbetowej wynika oczywiście przede wszystkim z wymagań Zamawiającego wskazanych w PFU i koncepcji (PFU dział 2.6 oraz rzuty i przekroje) oraz branżowych. Aby oszacować poziom ceny jednostkowej można wybrać typowy element żelbetowy i przeanalizować jego cenę jednostkową. I tak dla ściany żelbetowej gr. 25 cm według KNR 2-02 0207-02 0207-07 i KNR 2-02 0290-02 oraz cen Sekocenbud za III kw. 2016 dla miasta Łódź cena jednostkowa dla 1 m³ takiej ściany wynosi (196,69 złotych netto betonowanie + 119,95 złotych netto zbrojenie)*4 grubości ściany przypadające na 1 m³ = 1266 zł/m³. Jest to wartość podobna do

ceny jednostkowej Zamawiającego. Zatem średnia cena jednostkowa konstrukcji żelbetowej według oferty Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi przyjmując ten sam obmiar co Zamawiający 565 zł/m³. Tak więc za bardziej skomplikowane elementy żelbetowe, takie jak słupy, podciąg, stropy cena jednostkowa w ofercie Konsorcjum Mosty-Łódź jest nawet niższa niż wyliczona wcześniej na podstawie KNR i Sekocenbud cena jednostkowa dla płyty fundamentowej 733 zł/m³ czyli jednego z najprostszych i najtańszych elementów żelbetowych. Trudno wnikać w założenia Konsorcjum Mosty-Łódź, jednak, niedomiar samego żelbetu nie jest rekompensowany żadnym innym typem konstrukcji. Na przykład wartość stali konstrukcyjnej (kształtowej) jest wręcz śladowa, co wykażemy w następnym punkcie.

Wszystko razem dowodzi że niemożliwe jest wykonanie konstrukcji żelbetowej bez radykalnych zmian w koncepcji, co jest sprzeczne z przedmiotem zamówienia. Należy zatem uznać, że wartość robót żelbetowych określona przez Konsorcjum Mosty-Łódź jest rażąco niska w stosunku do zakresu który reprezentuje.

Pozycja nr B.1.13 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Konstrukcje stalowe”. Wartość pozycji w ofercie Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 557 224 zł netto. Zamawiający oszacował tą pozycję na 3 284 550 zł netto przyjmując jednocześnie 352 tony jako obmiar co daje cenę jednostkową 9 331 zł/t gotowego wyrobu czyli odpowiada przeciętnym cenom rynkowym. Różnica w wartości tego zakresu robót jest więc 6-krotna. PB Inter-System S.A. w związku ze swoim doświadczeniem i ze względu na podobieństwo rozwiązania konstrukcyjnego do obiektu Afrykarium przyjął do obliczeń nawet większą ilość stali konstrukcyjnej niż Zamawiający. Obiekt Orientarium podobnie jak Afrykarium posiada w swojej architekturze pewne elementy, które choć wydają się filigranowe w rzeczywistości generują bardzo duże naprężenia i wymagają nadzwyczajnych konstrukcji. Elementy te to podcienie. Podcienie to żelbetowe przewieszenia wspornikowe niczym nie podparte (taki jest zamysł architekta). Z punktu widzenia statyki są to wsporniki i generują olbrzymie momenty zginające w miejscu utwierdzenia. Aby przeciwdziałać tym momentom konieczne są niewidoczne na pierwszy rzut oka elementy wzmacniające ze stali konstrukcyjnej. Są to słupy hybrydowe stalowo-żelbetowe, zbrojone stalą konstrukcyjną tarcze i podciąg oraz ściągi stalowe. Dla przykładu w obiekcie Afrykarium zamontowane jest ok. 800 t takiej „ukrytej” w żelbecie stali konstrukcyjnej. Oferta Konsorcjum Mosty-Łódź sugeruje, że nie uwzględniła tak istotnego założenia, a biorąc pod uwagę niską cenę ogólną konstrukcji żelbetowych Konsorcjum Mosty-Łódź z całą pewnością nie zrealizuje tego ważnego

postulatu wizji architekta jakim są niczym nie podparte podcienie, stanowiący istotny element architektoniczny koncepcji. Dzieląc wartość konstrukcji stalowych Konsorcjum Mosty-Łódź przez szacowany obmiar Zamawiającego otrzymujemy $577\,224 \text{ zł} / 352 \text{ t} = 1639 \text{ zł/t}$ gdy tymczasem nawet surowa stal konstrukcyjna w hucie kosztuje 2800 zł/t nie wspominając o transporcie, prefabrykowaniu elementów konstrukcji, montażu, zabezpieczeniu antykorozyjnym i ogniowym. Nie ma zatem najmniejszej możliwości zrealizowania tego zakresu prac zgodnie z SIWZ i PFU za kwotę zaoferowaną na to zadanie przez Konsorcjum Mosty-Łódź w związku z czym należy uznać, że jest to cena rażąco niska.

Łącząc niską cenę płyty fundamentowej z niską ceną ogólną konstrukcji żelbetowej jak i pomijalną w zasadzie ceną konstrukcji stalowej można zauważyć, że cena całkowita za stan surowy jest skrajnie zaniżona i w żaden sposób niedobór w jednym obszarze nie kompensuje braków w innych obszarach.

Sumarycznie różnica tylko na stanie surowym (zabezpieczenie wykopu, ścianka szczelna, płyta fundamentowa, konstrukcje żelbetowe i konstrukcje stalowe) pomiędzy Konsorcjum Mosty-Łódź, a Zamawiającym to już ponad 30 mln zł netto tj. oferta na stan surowy Konsorcjum Mosty-Łódź 16 mln złotych netto, w stosunku do szacunku Zamawiającego 46 mln złotych netto, stanowi dokładnie 34,6%. Nie da się wykonać stanu surowego i to jeszcze tak skomplikowanego obiektu za ułamek ceny bez radykalnych zmian względem PFU zmniejszających zakres do wykonania lub też zmian zwiększających radykalnie i w nieuzasadniony sposób wynagrodzenie dla Konsorcjum Mosty-Łódź.

Odwołujący wskazała, że podobnie skrajne różnice występują na innych pozycjach wskazując przykładowo:

Pozycja nr B.1.14 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Konstrukcje z drewna klejonego, klasy minimum GL32h”.

Wartość pozycji z oferty Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 5 469 173 zł netto. Wartość z kosztorysu to 8 995 139 zł netto przy obmiarze $2\,365 \text{ m}^3$ drewna klejonego i wynikającej z tego cenie jednostkowej $3\,803 \text{ zł/m}^3$, a więc nie odbiegającej od rynkowych standardów. Oferta Konsorcjum Mosty-Łódź jest więc prawie 40% niższa, co kwotowo przekłada się na 3 525 966 zł netto. Na podstawie przekrojów i rzutu obiektu (rysunki „3_PIEŹTRO_500.pdf”, „5_PRZEKRÓJ A-A.pdf”) można oszacować ilości i rozpiętości dźwigarów. Warto nadmienić że obiekt jest bardzo rozległy i wymaga dźwigarów od 20 do 50 m długości czyli stosunkowo długich. Takie długości wymagają odpowiednio dużych przekrojów aby przenieść obciążenia

dachu i własne. Doświadczenie budowlane uczy, że wysokość najdłuższych dźwigarów powinna być rzędu 2,80 - 3,00 m przy szerokości 40 - 50 cm. Zważywszy, że na podobnym pod względem konstrukcyjnym obiekcie Afrykarium ilość konstrukcji z drewna klejonego wynosiła 970 m³ to na obiekcie Orientarium powierzchniowo 1,6x większym i o znacznie większych rozpiętościach ilość przyjęta w kosztorysie 2 365 m³ wydaje się bardzo realna. Niemożliwe jest wykonanie takiej konstrukcji za wartość przyjętą przez Konsorcjum Mosty-Łódź gdyż dawałoby to nierealną cenę jednostkową 2 312zł/m³ konstrukcji.

Pozycja nr B.1.15 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Konstrukcja dachu z membrany ETFE”.

Wartość pozycji z oferty Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 3 757 320 zł netto. Wartość z kosztorysu to 13 966 226 zł netto przy obmiarze 5 946m². Daje to cenę jednostkową u Zamawiającego 2 348 zł/m² takiego dachu. Obliczenia wykonane przez Inter-System na podstawie rysunku „I_PZT_1000.pdf” i „koncepcja.dwg” dają nieco mniejszy obmiar ok. 5 100 m². Cena jednostkowa takiego kompletnego dachu u Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 631 zł/m² a uwzględniając nawet mniejszy obmiar dokonany przez IS cena ta wynosi zaledwie 736 zł/m². Jest to cena całkowicie nierynkowa. Realizacją takich dachów zajmuje się kilka specjalizowanych firm na świecie np. Vector Foiltec lub Taiyo-Europe. Inter-System realizując swój podobny architektonicznie obiekt Afrykarium dokonał szczegółowego rozeznania rynku w tym zakresie. I tak cena kompletnego dachu z poduszek (folia, profile, kompresory, kable śniegowe, montaż) daje cenę jednostkową w granicach 1600- 2000 zł. Budżet Konsorcjum Mosty-Łódź na ten zakres jest więc o ponad połowę za mały w stosunku do cen rynkowych. Dziwne jest, że Konsorcjum Mosty-Łódź przyjęły tak niską cenę na dach z poduszek ETFE dysponując przecież wiedzą tak doświadczonego w tym zakresie zespołu projektowego firmy Arc2, który podobny dach na Afrykarium w ówczesnym kosztorysie inwestorskim wycenił na kwotę 2 223 zł/m². Dodatkowo powyższa wycena dotyczyła wyceny dachu spełniającego starą, mniej restrykcyjną normą cieplną, gdzie wystarczyły poduszki czterowarstwowe. Przy obecnej normie cieplnej niezbędne są poduszki pięciowarstwowe, czyli jeszcze droższe. Bezsprzecznie zatem cena Konsorcjum Mosty-Łódź na wykonanie dachu z poduszek ETFE jest zaniżona. Za cenę Zaproponowaną przez Konsorcjum Mosty-Łódź da się wykonać zaledwie 1/3 wymaganej powierzchni.

Nie ma zatem najmniejszej możliwości zrealizowania tego zakresu prac zgodnie z SIWZ i PFU za kwotę zaoferowaną na to zadanie przez Konsorcjum Mosty-Łódź w związku z czym należy uznać, że jest to cena rażąco niska.

Pozycja nr B.2.40 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Elewacja”.

Wartość pozycji z oferty Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 2 481 683 zł netto. Wartość z kosztorysu to 16 706 761 zł netto przy obmiarze 10 293 m². Daje to cenę jednostkową u Zamawiającego 1 623 zł/m². Cena jednostkowa Konsorcjum Mosty- Łódź to zaledwie 241 zł/m². Obliczenie powierzchni elewacji jest banalnie proste (na podstawie rysunków „06_elewacje.pdf, „2_PARTER_500.pdf, „3_PIĘTRO_500.pdf, „koncepcja.dwg”) i obliczenia Odwołującego pokrywają się z obliczeniami Zamawiającego. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że jeśli Konsorcjum Mosty-Łódź chciałoby podnieść poziom posadowienia budynku, co jest jednoznaczne z rezygnacją z kondygnacji podziemnej, to powierzchnia elewacji zwiększyłaby się o około 50 % i adekwatnie cena jednostkowa zmniejszyłaby się o 33%, czyli do poziomu 160 zł/m², a więc do poziomu zwykłej elewacji znanej z domków jednorodzinnych, czyli styropian plus tynk. Natomiast na obiekcie Orientarium mamy do czynienia z unikatową, skomplikowaną i jeszcze nigdy nie wykonywaną w Polsce elewacją wentylowaną, ocieploną wełną mineralną na ruszcie stalowym z zewnętrzną warstwą wykonaną z naturalnych pali bambusowych o średnicy 10-15cm przymocowanych do trwałego nośnika, np. płyty typu HPL. Zakładając ceny rynkowe samych materiałów, bez kosztów transportu, obróbki i montażu otrzymujemy: wełna mineralna o grubości 22 cm to według Sekocenbud wartość około 80-100 zł/m², podkonstrukcja nośna elewacji to około 15 kg/m² x 10 zł/kg= 150 zł/m², płyta HPL to koszt od 100 do 200 zł/m², koszt zakupu tyczek bambusowych o grubości około 10 cm wraz z impregnacją to od 300 do 400 zł/m², co łącznie daje od 630 do 850 zł/m² za sam materiał.

Wartość oferty Konsorcjum Mosty-Łódź w tym zakresie jest tak niska, że nie ma najmniejszej możliwości zrealizowania tych prac zgodnie z SIWZ i PFU za kwotę zaoferowaną na to zadanie przez Konsorcjum Mosty-Łódź w związku z czym należy uznać, że jest to cena rażąco niska.

Pozycja nr B.15.4 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Przyłącze ciepłe”.

Wartość pozycji z oferty Konsorcjum Mosty-Łódź wynosi 447 zł netto. Wartość z kosztorysu to 106 877 zł netto. Należy zauważyć na wstępie, że Zamawiający odpowiedziami nr 27 i 44 z dnia 18.07.2016 zmienił zakres prac następująco;

Pytanie nr 27 z dnia 18 lipca 2016

Czy w zakresie wykonawcy jest wykonanie lub pokrycie kosztów budowy sieci ciepłowniczej i

węzła cieplnego?

Odpowiedź zamawiającego: Tak

Pytanie nr 44 z dnia 18 lipca 2016

Czy do wybranego wykonawcy robót będzie należeć koszt realizacji przyłączy ciepłowniczych, telekomunikacyjnych, będących w gestii operatorów.

Odpowiedź zamawiającego: Tak

Odwołujący podniósł, że w powyższej cenie Konsorcjum Mosty-Łódź nie ma cienia szansy wykonania zakresu zgodnie z PFU i odpowiedziami Zamawiającego, czyli wykonania przyłącza cieplnego do budynku wystawienniczego i węzła cieplnego. Należy zauważyć, że zgodnie z dokumentacją przetargową długość samego przyłącza cieplnego to około 480 m, w związku z czym 447 zł w ofercie Konsorcjum Mosty-Łódź wydaje się kwotą delikatnie mówiąc niepoważną. Świadczyć to może o nieprofesjonalnym zespole Konsorcjum Mosty-Łódź, który nie śledzi na bieżąco odpowiedzi Zamawiającego. Nie ma zatem najmniejszej możliwości zrealizowania tego zakresu prac zgodnie z SIWZ i PFU za kwotę zaoferowaną na to zadanie przez Konsorcjum Mosty-Łódź w związku z czym należy uznać, że jest to cena rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że powyższe różnice wykazane są dla Pawilonu głównego [wystawienniczego], tymczasem podobne różnice powielają się też dla wyceny Pawilonu wejściowego. Dla zakresu stanu surowego oraz dachu i stanowią one: fundamenty to różnica 1 180 196 złotych netto, konstrukcja żelbetowa powyżej płyty fundamentowej to różnica 2 497 097 złotych netto, konstrukcje stalowe podtrzymujące podcień to różnica 940 013 złotych netto, konstrukcje dachowe z drewna klejonego to różnica 910 486 złotych netto, dach z poduszek z foli ETFE to różnica 770 019 złotych netto.

Pozycja B.17 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Przyłącze energetyczne”.

Odwołujący argumentował, że Inwestor przewidział na te prace budżet 110 205,26 zł netto (B.17.1 - przyłącze energetyczne) i 87 484,13 zł (B.17.2 - zasilanie dwustronne energetyczne). Oferent Konsorcjum Mosty-Łódź zaproponował za te prace kwotę 7 775,27 zł za przyłącze energetyczne oraz 7 775,27 zł za zasilanie dwustronne energetyczne.

Zgodnie z warunkami przyłączenia nr 5261610062 dla zasilania rezerwowego miejscem przyłączenia do sieci elektrycznej jest linia kablowa 15kV relacji stacja transformatorowa nr

10324 Konstanyńska 10a - stacja transformatorowa 100016 Konstanyńska 28. Zgodnie z warunkami przyłączenia nr 5261610060 dla zasilania podstawowego, miejscem przyłączenia do sieci elektrycznej jest linia kablowa 15kV relacji stacja transformatorowa Gwiazdowa IOa - stacja transformatorowa Krzemieniecka 18b.

Wymaganiem w zakresie budowy instalacji Podmiotu Przyłączanego jest ułożenie kabla 15kV do abonenckiej stacji transformatorowej. Moc przyłączeniowa wynosi 1200 kW dla zasilania rezerwowego oraz 1400 kW dla zasilania podstawowego. Odległość pomiędzy abonencką stacją transformatorową a orientacyjnymi miejscami przyłączenia wynoszą odpowiednio ok. 240 metrów oraz 500 metrów. Dzielać zaproponowane przez oferenta kwoty przez ilość metrów kabla do ułożenia otrzymujemy, że zasilanie rezerwowe zostanie wykonane w kwocie 32,4 netto zł za metr natomiast zasilanie podstawowe w kwocie 15,55 zł netto za metr, w wymienionych kwotach należy ująć wykop, kabel o przekroju wg. obliczeń, zasypanie, końcówki kablowe oraz podłączenie obustronne ułożonych kabli.

Odwołujący wskazał, że koszt samego kabla wynosi 55,15 zł [cena katalogowa] za metr. Po uwzględnieniu rabatów cena spada do około 30,00 zł za metr. Instalacja przedmiotowych przyłączy składa się z trzech żył kabla co wynika z technologii wykonania instalacji trójfazowej przyjętej dla obiektu. Z tego względu na metr bieżący wykopu należy przyjąć 3 metry kabla. Z kalkulacji wynika, że sam zakup materiału w postaci kabla energetycznego kosztuje ok. $3 \times 30,00 \text{ zł} = 90,00 \text{ zł}$ za metr bieżący. Dodatkowo wg BCO 3/2016 cz. II 2224-521-524 koszt wykonania przyłącza energetycznego to koszt od 93 do 442 zł/mb podczas gdy Zamawiający ma średnio 267 zł/mb a Konsorcjum Mosty-Łódź zaledwie 21 zł/mb.

Z powyższego wynika jednoznacznie, że wykonanie za cenę oferowaną przez Konsorcjum Mosty-Łódź odpowiednio za zasilanie rezerwowe w kwocie 32,40 zł netto za metr i odpowiednio za zasilanie podstawowe w kwocie 15,55 zł netto za metr jest niemożliwe i zaproponowana cena jest rażąco niska.

Pozycja B.8 z Tabeli Wartości Robót (Kosztorysu ofertowego) „Wentylacja”

Na ten zakres Zamawiający przeznaczył 7 659 828, zł, gdy tymczasem Konsorcjum Mosty-Łódź 3 842 633 zł.

Przewody wentylacyjne:

Z dokumentacji powykonawczej na obiekcie o podobnym przeznaczeniu, ale o mniejszej o 64 050 m³ kubaturze wynoszącej 158 700 m³ wynika, że zamontowano około 8000 m² przewodów wentylacyjnych, w tym 7000 m² przewodów z blachy ocynkowanej i ok. 1000 m²

z winiduru, co wynika ze specyfiki obiektu właściwej również w przypadku obiektu Orientarium w Łodzi. Przeliczając wymienione ilości wg cen rynkowych wg. KNR 2-17 i Sekocenbud za III kw. 2016 dla miasta Łodzi sumaryczna wartość pozycji powinna wynosić:

- Podstawa wyceny: KNR 2-17 0102-06 Przewody wentylacyjne z blachy stalowej, prostokątne, typ A/I o obwodzie do 4400 mm - udział kształtek do 55 %, ilość: 7000 m² x 135,66 zł (c.j.) = 949 620,00 zł netto,
- Podstawa wyceny: KNR 2-17 0125-06 Przewody wentylacyjne z płyt winidurowych, prostokątne, typ E o obwodzie do 2400 mm - udział kształtek do 55 %, ilość: 1000m² x 365,82 = 365 820,00 zł netto,
- Podstawa wyceny: KNR 9-16 0104-06 ANALOGIA, Izolacja kanałów wentylacyjnych i klimatyzacyjnych o przekroju prostokątnym samoprzylepną matą kauczukową, ilość: 3065m² x 216,36 = 663 143,40 zł netto (założono zaizolowanie 1/3 powierzchni przewodów wentylacyjnych),
- Podstawa wyceny: KNR 9-16 0204-06 Izolacja kanałów wentylacyjnych i klimatyzacyjnych o przekroju prostokątnym matą lamelową ALU LAMELLA MAT firmy ROCKWOOL mocowaną na szpilki samoprzylepne - udział kształtek do 55%; obwód kanałów do 4500 mm ilość: 6134m² x 33,45 = 205 182,30 zł netto.

Sumując wartości rynkowe analogicznego zakresu robót dla obiektu o podobnym przeznaczeniu i mniejszej kubaturze otrzymujemy wartość 2 183 765,70 zł, a więc kwotę ponad dwukrotnie wyższą od oferowanej przez Konsorcjum Mosty-Łódź.

Zgodnie z PFU 2.8.3.1.: *„Należy tak zaprojektować system wentylacji, aby spełniać wymagania higienicznosanitarne w pomieszczeniach i wymagania Zamawiającego (m.in. minimalna ilość powietrza). Wentylacja przestrzeni ekspozycyjnych nie mniej niż 2 wymiany/h, śloniami nie mniej niż 3 wymiany/h. W tunelu akrylowym [C.0.23.1] należy zapewnić wentylację przez zaprojektowanie odpowiedniego przepływu powietrza. Należy tak zaprojektować system wentylacji w poszczególnych strefach, aby utrzymywać odpowiednie parametry temperaturowo - wilgotnościowe, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Szczególną uwagę należy zwrócić na konieczność asymilacji zysków wilgoci od wszelkiego rodzaju basenów i otwartych zbiorników wodnych. Należy zapewnić aby, temperatura powietrza nawiewanego nad powierzchnię wody była wyższa od temperatury wody”.* Odwołujący wyjaśniał, że przedstawione w PFU wymagania są co najmniej tak ostre jak dla obiektu odniesienia przytoczonego na użytek ciągu dowodowego, co wyklucza zastosowanie znacząco tańszych rozwiązań technicznych i technologii. Zład (pojemność) instalacji wentylacyjnej dla obiektu Orientarium w Łodzi będzie znacząco większy niż w obiekcie

odniesienia. Tym samym nie jest możliwe wykonanie analogicznego zakresu prac w obiekcie o kubaturze większej o 40 % za kwotę niższą o ponad milion zł od ceny rynkowej wg KNR.

Centrale wentylacyjne:

Zamawiający oszacował wartość ww. pozycji na 3 019 060,86 zł netto, natomiast Konsorcjum Mosty-Łódź zaoferowały wykonanie tego zakresu prac za kwotę 1 877 027,36 zł netto, co stanowi 62,2% budżetu Zamawiającego.

Zgodnie z zapisami PFU pkt. 2.8.4.1.1 Zamawiający wskazał wymagania co do standardu i jakości wykonania urządzeń. Punkt z PFU: 2.8.4.1.1.2. Wymagania wykonania central wentylacyjnych/ klimatyzacyjnych w wykonaniu basenowym określa również standard urządzeń, wskazując, że poszczególne elementy, podzespoły mają mieć wykonanie specjalne - odporne na korozję, których koszt wykonania jest większy od standardowych.

System wentylacji musi zapewnić wymaganą krotność wymian powietrza w obrębie kubatury obiektu, odprowadzenie zysków wilgotności z powierzchni luster wody jak również ogrzewanie (zgodnie z PFU str.94-95 pkt. 2.7.3.5. Kubatura pomieszczeń wentylowanych i ogrzewanych w systemie ogrzewania powietrzem $V \approx 178\,520\text{ m}^3$. Średnia temperatura pomieszczeń ogrzewanych w systemie ogrzewania powietrzem $t_{\text{ow}} = 24\text{-}26^\circ\text{C}$).

Takie założenia generują zwiększenie ładunku (pojemności) wentylacyjnego względem obowiązujących norm a tym samym zwiększenie kosztu zakupu i ilości central wentylacyjnych. Oferta Konsorcjum Mosty-Łódź jest na tyle niska że nie pozwoli na osiągnięcie parametrów wymaganych w tym obiekcie.

Podobnie wyglądają sprawy w przypadku pozostałych elementów składowych wentylacji co sugeruje, że za cenę Konsorcjum Mosty-Łódź nie da się wykonać tego zakresu prac zgodnie z wymaganiami PFU i bez dodatkowych dopłat ze strony Inwestora.

Powyższe różnice na tę chwilę stanowią już około 68,4 mln złotych netto czyli 84,1 mln złotych brutto i są to tylko najbardziej rażące przykłady zaniżonej ceny.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział niewielkie, bo zaledwie kilkuprocentowe odchylenia od powierzchni, kubatur lub wskaźników ujętych w PFU opisujących przedmiot zamówienia, który podlegał będzie realizacji. Mając na uwadze ogromną rozbieżność cenową podstawowych pozycji kosztorysowych zawartych w ofercie Konsorcjum Mosty- Łódź, a kosztorysem, jak również cenami rynkowymi ujętymi w Sekocenbud i KNR, można odnieść wrażenie, że wycena Konsorcjum Mosty- Łódź odnosi się do innego zakresu robót niż wymagany zapisami SIWZ i PFU. Ponadto, wskazał

Odwołujący, na etapie przetargu Konsorcjum Mosty- Łódź nie wnosili żadnych uwag do koncepcji czy PFU, w szczególności nie wskazywały, że ww. dokumenty zostały niewłaściwie przygotowane, a zawarte w nich parametry przyszłego zamierzenia inwestycyjnego są zawyżone. Konsorcjum Mosty- Łódź nie wnosili również o dokonanie jakichkolwiek zmian w treści PFU, w konsekwencji czego zaakceptowały rozmiar zamierzenia inwestycyjnego, który jest przedmiotem przetargu i przyjęły, że wykonają inwestycje zgodnie z zakresem PFU, potwierdzając ww. złożeniem oferty w przetargu. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej jakakolwiek optymalizacja zamierzenia inwestycyjnego na etapie ofertowania nie jest dozwolona, prowadzi bowiem do ofertowania w ramach innego przedmiotu umowy. W tym stanie rzeczy cena ofertowana przez Konsorcjum Mosty-Łódź uniemożliwia wykonanie przypisanego do niej zakresu rzeczowego robót wskazanych w kosztorysie, co jednoznacznie wskazuje na to, że jest to cena rażąco niska w stosunku do opisanego przedmiotu zamówienia. Odwołujący wskazał również w uzasadnieniu, że uzupełnieniem powyższego jest załączona do odwołania tabela „Wykaz robót w przypadku których rażąco niska cena była szczególnie wyraźna”, w której zestawione są omówione różnice cenowe.

2. W zakresie zarzutu - brak potwierdzenia realnego korzystania z zasobów podmiotów trzecich w realizacji zamówienia oraz brak realnego udziału tych podmiotów w wykonywaniu zamówienia.

Odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający wymagał, aby podmioty trzecie na których potencjał wykonawcy powołują się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu wzięły udział w realizacji zamówienia w części, w jakiej udostępniają swoje zasoby wykonawcy.

W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź złożył wraz z ofertą zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący wskazał na dołączone do oferty zobowiązania podmiotów:

- MIRBUD S.A. z dnia 17 czerwca 2016 r.,
- TKS Sp. z o.o. z dnia 17 czerwca 2016 r.
- AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z dnia 12 sierpnia 2016 r.

Odwołujący argumentował, że wszystkie wyżej wymienione zobowiązania ograniczają się

jedynie do pojedynczego stwierdzenia, że podmioty te „zobowiązują się do realizacji części zamówienia w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w charakterze podwykonawcy na podstawie umowy podwykonawczej”, przy czym treść zobowiązania Spółki AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd ogranicza się wyłącznie do „udostępnienia know - how”. W powyższym zakresie wskazać należy, iż ze złożonych zobowiązań nie wynika w żaden sposób zakres oraz forma dostępnych wykonawcy Konsorcjum Mosty - Łódź zasobów, jak również sposób wykorzystania wskazanych zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. W świetle wskazanej treści zobowiązań nie sposób zatem uznać, że przekazanie potencjału będzie miało charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie zasobów podmiotu trzeciego, który jednocześnie gwarantuje bezpośrednie zaangażowanie w realizację odpowiedniej części zamówienia. Brak jest również jakiegokolwiek przywołania w treści zobowiązań okoliczności potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, połączone z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia.

Odwołujący wskazał, że udowodnienie dysponowania zasobami należącymi do podmiotu trzeciego, o którym stanowi art. 26 ust. 2b ustawy, nie służy tylko formalnemu wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Czynność polegająca na samoistnym złożeniu dokumentu pod nazwą „zobowiązanie”, który w swej treści wskazuje wyłącznie na abstrakcyjne użyczenie potencjału nie jest wystarczająca dla potwierdzenia dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Podkreślenia wymaga również fakt, iż dopełnieniem regulacji wynikającej z art. 26 ust. 2b ustawy jest § 1 ust. 6 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, z którego wynika, iż Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów - może żądać dokumentów potwierdzających zarówno zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, jak również zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wobec tego, aby można było mówić o rzeczywistym przekazaniu potencjału przez inny podmiot, wykonawca zobowiązany jest przedstawić pisemne zobowiązanie do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres realizacji zamówienia, a zatem dokument, który w sposób wyraźny i jednoznaczny wyraża wolę użyczenia potencjału oraz w sposób precyzyjny określa zakres i formę współpracy.

W tym zakresie Odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego

2013 r. o sygn. akt KIO 179/13, który stanowi, iż „przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania, w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest z całą pewnością niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia.” To wyłącznie na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie, powołującym się na potencjał podmiotu trzeciego, spoczywa ciężar wykazania, że może on faktycznie korzystać z udostępnionych mu zasobów przy realizacji zamówienia, co niejednokrotnie zostało potwierdzone w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (*vide: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 - Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari*). Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, iż złożone przez Wykonawcę Konsorcjum Mosty - Łódź zobowiązania stanowią wyłącznie ogólne oświadczenia podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez szeroko rozumiane udostępnienie zasobów własnych oraz know - how, co w żaden sposób nie dowodzi, że Wykonawca ten faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia tych podmiotów. Wiedza i doświadczenie wskazanych podmiotów nie stanowi bowiem dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu, zatem aby zobowiązanie takie mogło przybrać rzeczywisty i faktyczny charakter konieczne jest bezpośrednio zaangażowanie danych zasobów przy realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku, poleganie na zasobach innych podmiotów stanowiłoby fikcję, która ma na celu jedynie formalne wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczenie wówczas przez Zamawiającego, wskutek błędnego badania i oceny ofert - ogólnego oświadczenia podmiotów trzecich, niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, może bowiem doprowadzić do dopuszczenia do udziału w postępowaniu Wykonawcy, który nie posiada kwalifikacji do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Powyższe stanowisko potwierdza również ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 20 lipca 2015 r. w sprawie o sygn. 1439/15, gdzie wskazuje się, iż „wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści ww. przepisu ("w szczególności") pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca

winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia."

Istotne jest pkt. 5.4.3 ust.4 SIWZ - kwalifikacje techniczne (wiedza i doświadczenie, a także dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), gdzie czytamy: „W przypadku powoływania się przez Wykonawcę, przy wykazywaniu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy uwzględnić, że podmiot z którego wiedzy i doświadczenia Wykonawca korzysta, musi uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w zakresie co najmniej spełnianego warunku wiedzy i doświadczenia" co jednoznacznie wskazuje na obowiązek uczestniczenia w wykonaniu zamówienia podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie, jako podwykonawcy robót budowlanych „w zakresie co najmniej spełnianego warunku wiedzy i doświadczenia", a nie np. jako konsultant.

Powyższe znalazło swoje potwierdzenie także w Orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (vide: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 07 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 Partner A.D. przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta).

Mając na uwadze powyższą argumentację, Odwołujący wskazał, że Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź nie wykazał, że będzie realnie dysponował zasobami podmiotów trzecich, zgodnie ze złożonymi zobowiązaniami. W tym stanie rzeczy, wykonawca wybrany winien zostać wezwany do uzupełnienia tych zobowiązań, lub ewentualnie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp.

3. W zakresie zarzutu - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia.

W myśl punktu 5.4.3 SIWZ wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego zobowiązani byli wykazać Zamawiającemu, iż wykonali robotę budowlaną obejmującą przestrzenie dla zwiedzających oraz przestrzenie ekspozycyjne i hodowlane dla zwierząt obejmujące minimum cztery biotopy dla egzotycznych zwierząt

łądowych o powierzchni całkowitej co najmniej 3000 m².

W załączonym do oferty wykazie robót Konsorcjum Mosty- Łódź wskazało w powyższym zakresie na realizację zadania „Rozbudowa Ścieżki Dydaktycznej w Śląskim Ogrodzie Zoologicznym w Chorzowie”. W przedmiotowym zakresie Konsorcjum Mosty- Łódź posłużyło się potencjałem podmiotu trzeciego - spółki TKS Sp. z o.o, która to spółka zrealizowała (jako członek konsorcjum) jedynie pierwszy etap ww. zadania, który to etap nie obejmował powierzchni co najmniej 3000 m². Przedmiotowe zamierzenie inwestycyjne nie spełnia zatem warunku określonego przez Zamawiającego. Dodatkowo w zakresie ww. zadania nie zrealizowano czterech biotopów, rozumianych jako naturalne środowisko życia organizmów - przez realizację biotopu rozumieć należy odtworzenie ekosystemu obejmującego typowe dla tego ekosystemu gatunki zwierząt i roślin, obejmującego dodatkowo tematyzację wystrojów odpowiadającą miejscu, o którym biotop ma opowiadać. Wedle posiadanej przez Odwołującego wiedzy w Śląskim Ogrodzie Zoologicznym takie właśnie odtworzenie biotopów nie zostało wykonane. Znajdujące się w ww. ZOO ekspozycje to jedynie wymieszanie gatunków zwierząt z różnych systemów, a nawet kontynentów, które nie są przypisane żadnemu konkretnemu miejscu. W konsekwencji powyższego, jest to obiekt dla dzikich zwierząt, z przypadkową tematyzacją i przypadkowym doбором gatunków nie spełniający warunków realizacji 4 biotopów. Dodać należy, że dwa z pięciu biotopów znajdujących się w Śląskim Ogrodzie Zoologicznym to de facto jeden biotop (zbiornik krokodyli na dole, na górze przestrzeń dla ptactwa), który został jedynie sztucznie rozdzielony. Użyczone doświadczenie nie kwalifikuje się do tego aby móc spełnić warunki z SIWZ.

Powyższe kwestie przesądzają, iż Konsorcjum Mosty - Łódź nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia. W powyższym zakresie Konsorcjum winno złożyć w toku postępowania co najmniej stosowne wyjaśnienia, uzupełnić wykaz robót lub ewentualnie zostać wykluczone z Postępowania.

4. W zakresie zarzutu - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zamawiający w pkt. 5.4 ust. 5.4.3 SIWZ, w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymagał

wykazania się przez wykonawców osobą oddelegowaną do pełnienia funkcji *Kierownika robót sanitarnych (osoba nr 7) - posiadającą wykształcenie wyższe, uprawnienia budowlane(*3) do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub inne odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie obowiązujących przepisów, co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe(*2) J po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 15 000 m² i basenu dla zwierząt wyposażonego w instalację podtrzymywania życia LSS o objętości zbiornika co najmniej V=2000 m³.*

W powyższym zakresie Zamawiający wymagał podania dla każdej z wymienionych osób informacji na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami. Jak wynika z załączonego do oferty wykazu osób, Konsorcjum Mosty- Łódź wskazało w tym zakresie Panią E.S..

Pani Szydłowska doświadczenie wymagane przez Zamawiającego mogła nabyć jedynie przy realizacji obiektu Afrykarium we Wrocławiu, który to obiekt był realizowany przez Odwołującego. Na doświadczenie zdobyte przy realizacji jedynie tego obiektu powołuje się wprost Konsorcjum Mosty - Łódź w załączonym do oferty wykazie osób.

Odwołujący wyjaśniał, że nawiązał współpracę z Panią E.S. z dniem 01 grudnia 2011 r. Dowód: umowa nr PR/62-105/2011 r. z dnia 01 grudnia 2011 r. (w załączeniu do odwołania) Pani E.S. zakończyła pełnienie funkcji kierownika robót sanitarnych na ww. obiekcie z dniem 15.02.2013 r., a więc przed rozpoczęciem robót w zakresie basenu dla zwierząt wyposażonego w instalację podtrzymywania życia LSS o objętości zbiornika co najmniej V=2000 m³. Dowód: wpis w dzienniku budowy (w załączeniu do odwołania)

Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź w wykazie osób stanowiącym załącznik do oferty w zakresie osoby nr 7 - Kierownika robót sanitarnych wskazał Panią E.S., podając doświadczenie zawodowe na stanowisku Kierownika robót sanitarnych w latach 05.2008 r. - 10.2014 r. przy realizacji zadania „Budowa obiektu Afrykarium - Ocanarium wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZOO Wrocław Sp. z o.o. przy ul. Wróblewskiego 105 we Wrocławiu”. Mając powyższe na uwadze wskazać należy, iż Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź poświadczył nieprawdę w odniesieniu do Pani E.S. pełniącej funkcję Kierownika robót sanitarnych z uwagi na fakt, iż osoba ta jedynie w okresie od 2011 r. do 2013 r. pozostawała w stosunku zlecenia z Odwołującym na stanowisku

Kierownika robót branży sanitarnej przy realizacji inwestycji „Budowa obiektu Afrykarium - Oceanarium wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZOO Wrocław Sp. z o.o. przy ul. Wróblewskiego 105 we Wrocławiu”, na co jednoznacznie wskazuje umowa zawarta pomiędzy Przedsiębiorstwem Budowlanym Inter-System S.A. a Panią E.S..

Odwołujący podał, że okres realizacji przedmiotowego zadania wskazywany przez Wykonawcę Konsorcjum Mosty - Łódź (05.2008 r. - 10.2014 r.) nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym i stanowi istotne przekłamanie w niniejszym postępowaniu. W okresie od 2008 do 2012 r. trwały bowiem prace projektowe i uzyskiwanie pozwolenia na budowę oraz finansowania dla inwestycji. Prace budowlane związane z realizacją inwestycji pn. „Budowa obiektu Afrykarium - Oceanarium” rozpoczęły się dopiero w 2012 r. Dowód: notatki ze spotkań sporządzane w toku budowy Afrykarium we Wrocławiu

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że Konsorcjum Mosty - Łódź w treści oświadczenia dotyczącego Kierownika Robót Sanitarnych trzykrotnie podał nieprawdę: po pierwsze Pani Szydłowska była Kierownikiem robót sanitarnych w okresie od grudnia 2011 do lutego 2013, a nie w okresie 2008 - 2014 . Po drugie Pani, Szydłowska nigdy nie nadzorowała prac których doświadczenia domaga się Zamawiający od wykonawcy tj. prac przy zbiorniku dla zwierząt i instalacji LSS, gdyż prace te rozpoczęły się niemal rok po zakończeniu pracy przez Panią Szydłowską na budowie. Po trzecie Wrocławskie Oceanarium było realizowane (trwały prace budowane) w latach 2012 - 2014 , a nie w latach 2008 - 2014.

Mając na uwadze powyższe, wskazać należy, iż Konsorcjum Mosty - Łódź nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a jednocześnie oświadczył nieprawdę w zakresie osoby Pani E.S. delegowanej do pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych.

5. W zakresie zarzutu - niezłożenie przez Konsorcjum Mosty - Łódź dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

W myśl pkt. 5.4 ust. 5.4.1 ppkt. II Zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zarówno w odniesieniu do Wykonawcy, jak i podmiotów użyczających zasoby.

Wskazać także należy, iż zgodnie z § 4 ust. 1 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 przypadku, gdy wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wówczas składa on dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,
- nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Jako odpowiednik informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8, 10 i 11 ustawy - Wykonawca mający siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej *składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym przepisami. Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów jedynie w przypadku, gdy w danym kraju nie wydaje się ww. dokumentów, wówczas zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem.*

Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź powołując się na zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia spółki AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii zobowiązany był do przedłożenia w odniesieniu do tego podmiotu również dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź w celu wykazania, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne do oferty dołączył jedynie oświadczenie złożone przed australijskim notariuszem, uznając tym samym, iż na terenie Australii nie istnieje żaden organ właściwy do wydania dokumentów, o których stanowi § 4 Rozporządzenia w sprawie dokumentów.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że z jego wiedzy wynika, że w Australii funkcjonuje instytucja będąca odpowiednikiem polskiego Urzędu Skarbowego - Australian Taxation Office, która w ramach swojej działalności kompetentna jest do wydania właściwego zaświadczenia potwierdzającego niezaleganie z uiszczaniem podatków przez podmioty funkcjonujące na terenie Australii. Dowód: przykładowe zaświadczenie wystawione przez

ATO (w załączeniu)

Instytucją właściwą do wydania zaświadczenia w zakresie bieżącego uiszczania składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne jest wyłącznie Centrelink - Australian Government Department of Human Services, będący odpowiednikiem polskiego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

W związku z powyższym wskazać należy, iż Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby - Spółki AAT, zobowiązany był przedłożyć dokumenty wydane przez właściwe instytucje publiczne, funkcjonujące na terenie Australii, nie zaś oświadczenie złożone przed notariuszem.

Wyjątkiem dopuszczającym możliwość złożenia oświadczenia w powyższym zakresie przed notariuszem - zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów jest bowiem wyłącznie sytuacja, gdy w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów potwierdzających okoliczności wymagane przed Zamawiającym. W niniejszym postępowaniu powyższy wyjątkiem nie mógł mieć zastosowania z uwagi na fakt, iż na terenie kraju, w którym Spółka AAT ma siedzibę funkcjonuje zarówno Australian Taxation Office, który w ramach swojej działalności zobowiązany jest do wydania zaświadczenia potwierdzającego niezaleganie z uiszczeniem podatków, jak również Centrelink - instytucja, wydająca zaświadczenia potwierdzające wniesienie składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 marca 2014 r. o sygn. KIO 355/14, z którego wynika, iż „prymat w zakresie dokumentów mających wykazać brak zaległości podatkowych należy przyznać zaświadczeniu wystawianemu przez organ podatkowy danego kraju. Dopiero w przypadku, gdy w danym kraju nie wystawia się tego rodzaju dokumentów, wykonawca może go zastąpić dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania”. Ponadto, zauważyć należy, iż Wykonawca Konsorcjum Mosty - Łódź w zakresie wykazania niekaralności członków Spółki AAT - J.V.L. oraz M.L. dołączył do oferty policyjne zaświadczenia o weryfikacji niekaralności wydane przez instytucję Veritas Check. Jednocześnie, w odniesieniu do samej Spółki AAT przy ofercie znajduje się dokument potwierdzający niekaralność Spółki jedynie w formie oświadczenia własnego przed notariuszem. Wskazał Odwołujący, że właściwym dokumentem stwierdzającym niekaralność

Spółki AAT winna być instytucja Veritas Check, która jednocześnie wydała zaświadczenia w odniesieniu do członków zarządu ww. podmiotu. Tym samym niezrozumiały jest dla Odwołujący fakt, iż Wykonawca wraz z ofertą nie przedłożył prawidłowych dokumentów, a jedynie ograniczył się do oświadczenia złożonego przed notariuszem, podczas, gdy nie może być ono traktowane jako równoważne do świadectwa o niekaralności wydanego przez właściwą instytucję.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że w Australii funkcjonują dwie odrębne instytucje tj. Veritas Check, jak również ASIC, która w ramach swoich kompetencji wydaje zaświadczenia o niekaralności podmiotów zbiorowych. Wobec tego Odwołujący wskazał, iż właściwym dokumentem potwierdzającym niekaralności w odniesieniu do Spółki AAT z pewnością nie jest oświadczenie złożone przed notariuszem, a jedynie dokument wydany przez organ Veritas Check lub ASIC, co z uwagi na złożone zaświadczenia, wydane dla członków zarządu przez australijską instytucję Veritas Check nie może być kwestionowane.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w toku badania i oceny ofert całkowicie pominął wadliwość złożonych przez Wykonawcę dokumentów, tym samym uznając je za ważne i prawidłowe, pomimo, iż Wykonawca ten w żaden sposób nie wykazał, że na terytorium Australii nie funkcjonują instytucje kompetentne do wydania tego rodzaju zaświadczeń. Tym samym nie wykazał on również, że był uprawniony do posłużenia się oświadczeniami złożonymi przed notariuszem. W powołanym przepisie § 4 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wprost jest bowiem wykluczone posługiwanie się takim oświadczeniami, w przypadku gdy we właściwym kraju wydaje się odpowiednie zaświadczenia. Powyższe potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym między innymi wyrok z dnia 7 listopada 2014 r. o sygn. akt KIO 2218/14, 2235/14, gdzie wskazuje się, iż „skorzystanie z możliwości złożenia dokumentu zawierającego oświadczenie nie zostało pozostawione przez prawodawcę do swobodnego uznania wykonawcy. Prawo do skorzystania z tej możliwości aktualizuje się w ściśle określonej sytuacji, a mianowicie, gdy w danym kraju nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1 § 4 ww. rozporządzenia. (...) Wykonawca chcący skorzystać z możliwości zastąpienia tych dokumentów oświadczeniem winien wykazać zamawiającemu w pierwszej kolejności, że w danym kraju tego rodzaju dokumenty nie są wydawane. W przeciwnym przypadku, gdy w danym kraju dokumenty takie - przykładowo o niezaleganiu z podatkami, czy dotyczące likwidacji lub upadłości - są wydawane, zamawiający nie powinien akceptować oświadczenia wykonawcy, którego obowiązkiem jest wówczas złożenie odpowiednich dokumentów, wystawionych dodatkowo we właściwym czasie przed upływem terminu składania wniosków o

dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo składania ofert.”

6. W zakresie zarzutu - brak w treści wykazu osób informacji na temat doświadczenia osób w nim wymienionych.

Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 7 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) obowiązującego w przedmiotowym postępowaniu w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Zamawiający żądał - niezależnie od oświadczenia dotyczącego osób - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W wykazie osób brakuje informacji na temat ich doświadczenia. Jest tylko oświadczenie o doświadczeniu.

W ocenie Odwołującego wymogu podania informacji odnośnie doświadczenia osób wymienionych w wykazie nie spełnia jedynie ogólnikowe oświadczenie samego wykonawcy wskazujące wyłącznie liczbę lat doświadczenia zawodowego posiadanego przez każdą z osób. Odwołujący stoi na stanowisku, iż w celu rzeczywistego udowodnienia Zamawiającemu, iż dysponuje on osobami posiadającymi doświadczenie zgodne z wymogami Zamawiającego, konieczne jest szczegółowe i precyzyjne określenie tego doświadczenia, tj. wskazanie co najmniej zakresu i okresu wykonywanych zadań, jak również podmiotów, na zlecenie których były one wykonywane. Tylko w takiej sytuacji bowiem zarówno Zamawiający jak i inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mieliby możliwość należytej weryfikacji doświadczenia osób, na dysponowanie którymi wykonawca powołuje się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Brak szczegółowej informacji, umożliwiających taką weryfikację, winien być każdorazowo traktowany jako niezgodny z przepisami ustawy oraz Rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe, wniesienie niniejszego odwołania stało się konieczne i

uzasadnione, wnoszę zatem jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 października 2016 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie.

Izba wskazuje, że do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego ww. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został załączony wydruk z Krajowego Rejestru Sądowego dla SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie, z którego wynika, że spółkę tą reprezentuje działający samodzielnie komplematraiusz tj. SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, jednakże nie został załączony do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego wydruk z Krajowego Rejestru Sądowego dla SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z

siedzibą w Warszawie, co na posiedzeniu potwierdził przybyły w imieniu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego pełnomocnik.

Do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego zostały załączone pełnomocnictwa tj. pełnomocnictwa z 16 lipca 2016 roku, zgodnie z którym to SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie ustanawia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi pełnomocnikiem. Zakres udzielonego pełnomocnictwa obejmuje m. in. „Składanie oświadczeń o przyłączeniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania”, w imieniu SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie dokument ten podpisała Pani pełnomocnik M.P..

Pełnomocnik – Pani M.P. działała na podstawie pełnomocnictwa z 16 lipca 2016 roku załączonego również do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego a udzielonego ww. Pani przez SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie do reprezentowania spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na wykonanie zadania na „Budowę wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano - wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium” na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego Sp. z o.o”. Z treści tego pełnomocnictwa wynika, że Pełnomocnictwo obejmuje prawo do sporządzania, podpisania i złożenia, odwołania lub skargi w przedmiotowym zamówieniu oraz wszelkich innych pism oraz reprezentowania firmy w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia odwołania lub skargi przed wszystkimi organami Krajową Izbą Odwoławczą przy prezesie Urzędu Zamówień Publicznych i wszystkimi sądami. Pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie podniósł na posiedzeniu, że z *pełnomocnictwa wynika, że Pani ta została umocowana do reprezentacji firmy w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia odwołania, co w ocenie pełnomocnika oznacza, że została umocowana do wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.* Nie sposób zgodzić się z argumentacją pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego i nie można uznać jej za słuszną z uwagi na to, że samo wniesienie zgłoszenia przystąpienia (jego podpisanie) jest inną czynnością niż reprezentacja na posiedzeniu. W pierwszej kolejności musi dojść do skutecznego wniesienia zgłoszenia przystąpienia aby możliwa była reprezentacja w sprawie. Pełnomocnik zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego argumentował również, że *gdyby należało wymieniać w pełnomocnictwach*

wszystkie okoliczności i działania to mogłoby być to bardzo trudne i zawsze można by pominąć zakres którejś czynności. Trudno uznać takie stanowisko za właściwego chociażby z uwagi na to, że w pełnomocnictwie „konsorcyjnym” z dnia 16 lipca 2016 roku zgodnie z którym to SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie ustanawia Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty Łódź Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi pełnomocnikiem został określony zakres pełnomocnictwa, w tym umocowanie do przyłączenia, które jak słusznie wskazywały strony należy rozumieć jako zgłoszenie przystąpienia. Izba zaznacza, że argumentacja podnoszona przez pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania potwierdziła fakt braku wskazania w pełnomocnictwie z dnia 16 lipca 2016 roku udzielonego przez zgodnie z którym to SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie udzielonego Pani M.P. czynności do wniesienia zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. W ocenie Izby na podstawie ww. pełnomocnictwa, udzielonego przez SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie w imieniu której działał Prezes SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, (co zostało wyjaśnione w trakcie posiedzenia przez pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie) tj. komplemetraiusza umocowanego do samodzielnego działania w imieniu SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie pełnomocnik nie była umocowana do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W tym miejscu wskazać należy, że zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku (Dz. U. 2014 poz. 964 tj), w przypadku braku odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego lub dokumentu pełnomocnictwa podlegają one uzupełnieniu jedynie w zakresie odwołania (§ 9). Należy zauważyć, że w odróżnieniu od odwołania, przystąpienie nie podlega uzupełnieniu co wielokrotnie już znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie jak również było podnoszone w literaturze tematu (*podobnie: w wyroku KIO z dnia 08.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1286/14, wyroku KIO z dnia 15.04.2014 r., sygn. akt: KIO 518/14, wyroku KIO z dnia 10.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2716/13, postanowienie z dnia 05.12.2013 r., sygn. akt: KIO 2703, czy też wyroku KIO z dnia 08.11.2013 r., sygn. akt: KIO 2525/13; wyrok KIO z dnia 14.05.2015 sygn. akt KIO 822/15*). Zaszczyc w tym miejscu należy również, że wykonawcy korzystając ze środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych wnoszą odwołania lub zgłaszają przystąpienia w celu ochrony swoich praw, tym samym nie znajduje uzasadnienia również argumentacja

pełnomocnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego, że trudno jest wymienić wszystkie czynności. Podkreślić należy, że zarówno ustawa jak również ww. rozporządzenie wskazują bezpośrednio na wniesienie odwołania, zgłoszenie przystąpienia oraz na pisma przesyłane w sprawie (§ 5, § 8) podkreślając inny reżim w zakresie skutecznego sposobu ich wniesienia jednocześnie podkreślając doniosłość i znaczenie odwołania i zgłoszenia przystąpienia w sprawie odwoławczej. Brak możliwości uzupełnienia pełnomocnictwa w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego na podstawie obowiązujących przepisów nie uprawnia wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego do skutecznego uzupełnienia dokumentów na posiedzeniu z udziałem stron (bądź rozprawie). Wskazać należy, że nie zawsze dochodzi do wyznaczenia posiedzenia z udziałem stron postępowania (bądź rozprawy), bowiem mogło nastąpić np.: uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez Zamawiającego albo mogły zaistnieć przesłanki ustawowe do odrzucenia odwołania i w takim przypadku, z powodu braku załączonego prawidłowego pełnomocnictwa zgłaszający przystąpienie nie staje się uczestnikiem postępowania odwoławczego a postępowanie podlega umorzeniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron. Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w rozpoznawanej sprawie zostało złożone w formie elektronicznej zgodnie z art. 185 ust. 2 z dokumentów nie wynikało umocowanie do działania w imieniu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Zamawiający na posiedzeniu złożył pismo procesowe z dnia 20 października 2016 roku *Odpowiedź na odwołanie*, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane na rozprawie przez Odwołującego:

- (dowód nr 1) – Opinia w sprawie uzasadnienia rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum Mosty- Łódź S.A. i SKB Development Sp. z o.o. Sp. k. na budowę Orientarium w Łódzkim Ogrodzie Zoologicznym przygotowaną przez Pana inż. L.Z. (25 kart),
- (dowód nr 2) – Opinia na okoliczność ustalenia rażąco niskiej ceny oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „Mosty- Łódź S.A. i SKB Development Sp. z o.o.

na przetarg nieograniczony na roboty budowlane pn. „Budowa wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano-wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium” na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego w Łodzi” przygotowana przez Pana dr inż. M.L. (17 kart),

- (dowód nr 3) – Opinia dotycząca spełnienia warunku SIWZ wiedza doświadczenie pkt 5.4.3. przygotowana przez Pana inż. M.N. (7 kart),
- (dowód nr 4) - Oświadczenie PB Inter System Spółka Akcyjna z dnia 19 października 2016 roku (1 karta) wraz z umową nr PD/17_Z-A/2013 z dnia 2 lipca 2013 roku (22 karty).

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego w treści odwołania i załączone do odwołania.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany na rozprawie przez Zamawiającego (dowód nr 5) Pismo z dnia 13 października 2016 roku ze Śląskiego Ogrodu Zoologicznego (1 karta).

Na posiedzeniu z udziałem stron Zamawiający złożył następujące oświadczenie: 20 października 2016 Zamawiający działając na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy w oparciu o art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. Z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 ustawy unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Budowa wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano-wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium” na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego Sp. z o.o., które było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Stosownie do przepisu art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba, mając na uwadze przywołany przepis art. 191 ust. 2 ustawy, wzięła pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem na moment wyrokowania w sprawie.

Izba stwierdziła, że podnoszone przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy tj. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia lub, ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do uzupełnienia następujących dokumentów: zobowiązania podmiotu trzeciego - MIRBUD S.A., zobowiązania podmiotu trzeciego - TKS Sp. z o.o., zobowiązania podmiotu trzeciego - AAT Advanced Aquarium Technologies Ltd; art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia, lub ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który celowo podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania lub ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień co do treści, załączonego do oferty wykazu robót, lub ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu; art. 22 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub ewentualnie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który celowo podał nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania lub ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień co do treści załączonego do oferty wykazu osób, lub ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu; art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia lub, ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z § 3 ust. 4 i § 4 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 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 - dalej: „Rozporządzenie”), przez zaniechanie wezwania do

uzupełnienia wystawionych w Związku Australijskim dokumentów potwierdzających, iż użyczający potencjał podmiot trzeci tj. spółka AAT Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii, nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskała przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie; art. 22 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy w zw. z § 1 ust. 1 pkt. 7 Rozporządzenia przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przez niewskazanie w treści wykazu osób szczegółowych informacji odnośnie doświadczenia osób w nim wymienionych lub ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty - Łódź do złożenia wyjaśnień co do treści załączonego do oferty wykazu osób, lub ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia tego dokumentu na tę chwilę nie ma i nie może mieć już wpływu na wynik postępowania, a co za tym idzie nie może skutkować uwzględnieniem odwołania.

Sporne czynności bądź zaniechania Zamawiającego, do których referował Odwołujący w swoim odwołaniu zostały przez Zamawiającego zniesione czynnością Zamawiającego z dnia 20 października 2016 roku tj. unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na pod nazwą Budowa wielofunkcyjnego pawilonu hodowlano-wystawienniczego wraz z wybiegami zewnętrznymi zwierząt zwanego „Orientarium” na terenie Miejskiego Ogrodu Zoologicznego Sp. z o.o., które było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 3 ustawy.

W wyniku unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie, w zasadzie historyczna już czynność wyboru oferty w postępowaniu nie ma już wpływu na wynik postępowania odwoławczego.

Zamawiający dokonał czynności unieważnienia przed dniem posiedzenia z udziałem stron tj. 20 października 2016 roku o czym informację zamieścił na swojej stronie jak również na posiedzeniu z udziałem stron złożył stosowne oświadczenia, tym samym Odwołujący o powyższych okolicznościach powziął wiedzę przed otwarciem rozprawy.

Mając na uwadze powyższe, wobec niespełniania przesłanek z art. 192 ust. 2 ustawy, odwołanie należało oddalić. Izba podała ocenie zarzuty postawione w odwołaniu.

II.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- art. 7 ust. 1 ustawy - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w ustępie 3 tego przepisu – Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,*

- z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

- art. 90 ustawy czytamy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi 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 złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość 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);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

3. 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,

- art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia*
- art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia,*
- art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy: *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: stacji finansowej i ekonomicznej*
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.*
- art. 24 ust. 2 pkt 4 - *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu,*
- art. 26 ust 2 b ustawy *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia,*
- art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w*

postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.,

- art. 26 ust. 4 ustawy - Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Rozporządzenie 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):

§ 1 ust. 1 pkt 7 – w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać następujących dokumentów: wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami,

§ 3 ust. 4 – Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1–3,

§ 4 ust. 1 pkt 1 - Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów:

1) o których mowa w § 3 ust. 1:

a) pkt 2–4 i 6 – składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości,*
- nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub*

rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

– nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie,

b) pkt 5 i 7 – składa zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4–8, 10 i 11 ustawy;

§ 4 ust. 3 – Jeżeli w kraju miejsca zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie, w którym określa się także osoby uprawnione do reprezentacji wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Przepis ust. 2 stosuje się odpowiednio,

§ 4 ust. 4 – W przypadku wątpliwości co do treści dokumentu złożonego przez wykonawcę mającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamawiający może zwrócić się do właściwych organów odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z wnioskiem o udzielenie niezbędnych informacji dotyczących przedłożonego dokumentu.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbę stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności*

*podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).*

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.* Jednocześnie, co dla rozpoznania tej sprawy jest niewątpliwie istotne, zgodnie z przepisem art. 190 ust 1a ustawy dotyczącym postępowania odwoławczego, wprowadzającym szczególną regulację dotyczącą spraw o cenę rażąco niską - *ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania.*

IV.

W zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała:

A. W zakresie zarzutu - rażąco niska cena, Izba uznała zarzut za zasadny.

W rozpoznawanej sprawie szacunkowa wartość zamówienia, zgodnie z protokołem ZP, wynosi 308 071 134,04 zł netto (74 006 834,66 euro). Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. 380 034 330,00 zł brutto.

Zgodnie z wyjaśnieniami poczynionymi przez Zamawiającego w trakcie rozprawy oraz po przedstawieniu Notatki dokonania szacowania wartości przedmiotu zamówienia, ustalono, że szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia ustalona została w dniu 6 czerwca 2016 roku na kwotę 308 971 134,04 zł netto, jednocześnie Zamawiający przewidział udzielenie zamówień uzupełniających, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 6 ustawy do 50% wartości zamówienia podstawowego, tj. 154 485 567,02 zł; tym samym całkowita wartość przedmiotu z uwzględnieniem zamówień uzupełniających wynosi 463 456 701,06 zł netto, co stanowi 111 010 252 euro (4,1749 = 1 euro).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia złożone zostały dwie oferty:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” Spółka Akcyjna z siedzibą w Łodzi (pełnomocnik) oraz SKB Development Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej: „Konsorcjum Mosty- Łódź”) z ceną brutto 223 726 566,54 zł, gwarancją na przeszklenia akrylowe basenów, tuneli akrylowych (GP) – 10 lat, gwarancją na dach przezroczysty z oknami dachowymi (GD) – 240 miesięcy, gwarancją na wykonane roboty konstrukcyjne, budowlane, instalacyjne, oprogramowanie (GK) – 60 miesięcy,
- 2) wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Inter-System Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący” lub „Inter-System S.A”) z ceną brutto 313 875 785,71 zł, gwarancją na przeszklenia akrylowe basenów, tuneli akrylowych (GP) – 20 lat, gwarancją na dach przezroczysty z oknami dachowymi (GD) – 240 miesięcy, gwarancją na wykonane roboty konstrukcyjne, budowlane, instalacyjne, oprogramowanie (GK) – 360 miesięcy.

Ceny oferty Konsorcjum Mosty – Łódź tj. 223.726.566,54 zł brutto jest niższa o niemal

sto sześćdziesiąt milionów złotych (41,13 %) od szacunkowej wartości zamówienia z uwzględnieniem podatków tj. 380 034 330,00 zł brutto oraz niższą o około dziewięćdziesiąt milionów złotych (28,72 %) od ceny zaoferowanej przez Odwołującego tj. 313 875 785,71 zł brutto.

Zamawiający działając zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy wezwał Konsorcjum Mosty- Łódź pismem nr ref. MOZ.DI.2016 do udzielenia *wyjaśnień w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływa na wysokość ceny w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość 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);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Dowody (o których mowa w pierwszym akapicie niniejszego pisma) winny potwierdzać realność wykonania, zgodnie z treścią SWIZ, przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez Wykonawcę cenę.

Cena w Państwa ofercie została określona na kwotę 223 726 566, 54 zł brutto. Różnica pomiędzy ceną oferty, a ubruttowioną szacunkową wartością zamówienia wynosi 41,13 %.

Konsorcjum Mosty – Łódź w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 23 września 2016 roku złożyło wyjaśnienia wraz z załącznikami, które w części stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba wskazuje, że w ramach postępowania odwoławczego oceniana jest prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający dokonuje czynności oceny zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny w oparciu o dostępne mu informacje, które uzyskuje w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień – temu służy procedura wyjaśnienia opisana w art. 90 ustawy. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty, uwarunkowania w jakich dokonywał tej kalkulacji, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji i inne istotne

elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny a dowodzące możliwości zaoferowania cen obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy – informacje jakie przedstawił wykonawca - powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, już w ramach swoich wyjaśnień winien wskazać na te okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny, bowiem na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt 499/15 gdzie wskazano: „Izba natomiast może ocenić i stwierdzić w takim przypadku jedynie czy wyjaśnienia w tym przedmiocie były wystarczające, a ich ocena dokonana przez zamawiającego prawidłowa. Przynajmniej na takim założeniu opiera się dominujące w orzecznictwie sądów okręgowych i KIO, słuszne stanowisko w sprawie konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Z tego względu pomijano uzupełnienia wyjaśnień dokonywane w postępowaniu odwoławczym. Jak bowiem wskazał Sąd Okręgowy w Poznaniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. X Ga 127/08: "Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji". Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2014 r. (sygn. akt KIO 893/14) wskazano: "iż kwestia, czy w danej ofercie mamy do czynienia z ceną rażąco niską, czy też nie, powinna być rozstrzygnięta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które stosownie do art. 15 ust. 1 ustawy pzp prowadzone jest przez zamawiającego. Jednocześnie warunkiem koniecznym jest dokonanie przez zamawiającego prawidłowej oceny wyjaśnień wykonawcy w toku prowadzonej procedury, o której mowa w art. 90 ustawy pzp." Natomiast w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14), wydanym w wyniku skargi na ww. wyrok Izby, podkreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco

niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą, że oferowana przezeń cena rażąco niska nie jest.

Powyższe tezy dotyczące wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. W obecnym stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując w art. 90 ust. 2, że to wykonawca powinien udowodnić Zamawiającemu, iż jego cena nie jest rażąco niska, i udowodnić to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia, jest wyrażona w powoływanym wyżej orzecznictwie teza o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi w przypadku uznania, iż są to wyjaśnienia niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny.

Na marginesie można jeszcze dodać, iż trudno generalnie dekretować optymalny i powinny kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. W szczególności w zależności od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc... przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Uwzględniając powyższą argumentację Izba podkreśla, że zadaniem Izby rozpoznając sprawę jest ocena dokonanej przez Zamawiającego czynności oceny złożonych

wyjaśnień oraz dokonania czynności będących efektem ww. czynności. Jednocześnie należy mieć na względzie, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywała na Zamawiającym w rozpoznawanej przez Izbę sprawie. Tym samym w trakcie postępowania odwoławczego strona, w tym przypadku Zamawiający, nie dość, że jest uprawniona do dowodzenia swojego stanowiska tj. oceny dokonanych wyjaśnień to w zasadzie ustawodawca nałożył na Zamawiającego ciężar dowiedzenia, że oferta, którą złożył Konsorcjum Mosty – Łódź w postępowaniu nie zawiera rażąco niskiej ceny. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający poza przedstawieniem pisma procesowego nie wskazał żadnych dowodów na okoliczność potwierdzenia swojego stanowiska. Zamawiający oparł swoją argumentację na twierdzeniu, że inwestycja realizowana jest w systemie zaprojektuj i wybuduj, stąd też *zamawiającemu trudno było wyliczyć poszczególne elementy kosztowe, a istotny wpływ na cenę oferty mają założenia projektowe przez wykonawcę na podstawie PFU*. Zamawiający w trakcie rozprawy również wskazał, że *może mieć istotne znaczenie dla ceny końcowej posługiwanie się przez wykonawcę dobrym, wykwalifikowanym zespołem projektowym, co obniżyć może cenę inwestycji*. Wskazał również, że *wyjaśnienia uczynione przez konsorcjum Mosty w zakresie elementów cen są dla Zamawiającego przekonywujące*.

Izba wskazuje, że Zamawiający wskazał w swej argumentacji, że *kwoty ofertowe pojawiające się w postępowaniach na rynku Łódzkim spadły znacząco, prawdopodobnie z uwagi na wstrzymanie realizacji wielu inwestycji z uwagi na zmiany przepisów ustawy*, jednakże na okoliczność takiego stanowisko nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, wskazujących taki stan rzeczy, które choćby uprawdopodobniły taką sytuację. Zamawiający wskazywał również, że *szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego zazwyczaj wyższa jest o 30 do 40 % od cen ofert składanych w tego rodzaju postępowaniach, a wynika to z tego, że szacunek jest sporządzony na podstawie KNR* – taka argumentacja również nie może być uznana za słuszną bowiem kluczi się ona wprost ze wcześniej podanym stanowiskiem Zamawiającego, a mianowicie z tym, że Zamawiającemu trudno było wyliczyć poszczególne elementy kosztorysowe a istotny wpływ na cenę miały założenia projektowe poczynione przez wykonawcę na podstawie dokumentacji technicznej, należy mieć bowiem na uwadze jakie odstępstwa procentowe od założeń technicznych poczynił Zamawiający, jak również fakt tego, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że sytuacja na którą się powołał stanowi jakąś prawidłowość. Niezmiennie różnice w cenie oferty oraz szacunku Zamawiającego nie stanowią o tym, że zaoferowana cena w postępowaniu jest rażąco niska, nie powstaje żadne domniemanie rażąco niskiej ceny jak

wskazywał Odwołując lecz stanowią punkt wyjściowy do badania elementów ceny oferty, które wpływają na wysokość zaoferowanej w postępowaniu przez wykonawcę ceny. Nie można zgodzić się również z Zamawiającym, że badanie ceny oferty ma się odbywać bez badania poszczególnych elementów stanowiących składowe elementów ceny całkowitej, co już wielokrotnie było wskazywane w orzecznictwie Izby. Odwołujący w uzasadnieniu swojego stanowiska przedstawionego w odwołaniu w sposób bardzo szczegółowy odniósł się do poszczególnych elementów oferty, które były znane z uwagi na informacje przedstawione w ofercie w tabeli *Kosztorys ofertowy*, której złożenie było wymagane przez Zamawiającego (pkt 10.3 ppkt 1i 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia), Odwołujący wskazał również na konieczność sporządzenia i załączenia do oferty *Tabeli wyceny umowy*. Odwołujący załączył do odwołania Tabelę wartości robót jaką pozyskał od Zamawiającego zawierającą zestawienia ilości robót, cen jednostkowych i wartości robót netto dla przedmiotowego zamówienia. Odwołujący argumentował, że tabela ta odzwierciedla zadania jakie musieli przewidzieć na podstawie dokumentacji postępowania wykonawcy oraz zawiera wycenę jakiej dokonał Zamawiający. W ocenie Izby Odwołujący słusznie wskazał w trakcie rozprawy, że cena ogólna oferty Konsorcjum Mosty- Łódź jest kwestionowana, ponieważ kwestionowane są ceny poszczególnych elementów oferty i kwestionowanie poszczególnych wskazanych w uzasadnieniu odwołania jest uzasadnieniem kwestionowania ceny ogólnej, czyli ceny oferty. Izba zaznacza, że Zamawiający nie podał żadnego argumentu, który przemawiałaby na jego korzyść a odnoszącego się w zasadzie do zaniechania badania wartości elementów oferty, które składają się na całkowitą cenę oferty. Należy mieć na uwadze, że Zamawiający w trakcie badania ofert dostrzegł różnice w cenie oferty Konsorcjum Most- Łódź i Odwołującego i to nie tylko w zakresie ceny globalnej oferty ale również w zakresie poszczególnych elementów, bowiem sam w trakcie rozprawy wskazał, że oferty Konsorcjum Most- Łódź i Odwołującego w zakresie elementów wysoko technologicznych (np. LSS, generalnie wysoko specjalistyczne urządzenia instalacyjne) są porównywalne, a różnice są na „pierwszym etapie,, robót i dotyczą robót konstrukcyjnych obiektu. Izba wskazuje, że dostrzeżenie przez Zamawiającego różnicy w kosztach prac konstrukcyjno budowlanych obligowało go do sprawdzenia dokładnie cen oferowanych postępowaniu. Fakt, że cena w postępowaniu ma charakter ryczałtowy nie zmienia wskazywanego w postępowaniu przez samego Zamawiającego sposobu jej oceny; słusznie wskazał Odwołujący na postępowania wyjaśnień Zamawiającego z dnia 18 lipca 2016 roku, z których w sposób jednoznaczny wynika, że akceptacja kosztorysu załączonego do oferty będzie jednoznaczna z akceptacją ceny oferty jako ceny nie będącej rażąco niską. Tym

samym to ocena kosztorysu była kluczowa dla oceny ceny rażąco niskiej, co należy uznać za słuszną. Jednakże mimo takiego stanu rzeczy Zamawiający nie dokonał oceny w sposób, który sam przewidziała. Natomiast tłumaczenie Zamawiającego z rozprawy, że *korzystniejszy jest układ, w którym na początku inwestycji w czasie realizacji zadania zakres konstrukcyjno-budowlany jest tańszy, a dopiero wyższe koszty są później*, należy co najmniej uznać za niewłaściwy, co więcej w ocenie Izby taka argumentacja wskazuje w sposób jednoznaczny, że Zamawiający miała świadomość nierealistyczności wartości jaka została wskazana przez Konsorcjum Mosty- Łódź w tym zakresie, co tłumaczy dalsza argumentacja Zamawiającego *w przypadku gdyby wykonawca „zszedł z budowy” to w takiej sytuacji zamawiający mógłby uzyskać fakturę za niewykonane prace, a później następny wykonawca jakby dokonał inwentaryzacji to okazałoby się, że więcej jest zapłacone niż zrobione*, która w ocenie Izby jest jedynie argumentacją na potrzeby postępowania odwoławczego a w zasadzie wskazuje na to, że sam Zamawiający zdawał sobie sprawę, że poszczególne ceny nie odzwierciedlają wartości robót do jakich się odnosiły.

Niewątpliwie zasługuje również na uwagę argumentacja Zamawiającego odnosząca się do tego, że oferty obu wykonawców tj. zarówno Konsorcjum Most- Łódź jak i Odwołującego były *poziomem ich jakości w zakresie potencjału ludzkiego, który wykonawcy przedstawili do realizacji tej inwestycji, (...) obaj wykonawcy przedstawili bardzo specjalistyczne i dobre zespoły osobowe*. Zamawiający podkreślał, że oferty obu wykonawców tj. zarówno Konsorcjum Most- Łódź jak i Odwołującego *w zakresie technologicznym ceny tych ofert również były porównywalne, czyli obie oferty w obrębie technologicznym i ludzkim były porównywalne cenowo, natomiast odbiegały od siebie znacząco w zakresie tej części dotyczącej elementów konstrukcyjno-budowlanych*. Z powyższego wynika jednoznacznie, że Zamawiający swobodnie zdiagnozował ten obręb oferty, który poddawał się badaniu. Izba wskazuje, że skoro potencjał ludzki odpowiedzialny za realizację zamówienia został oceniony w sposób tak wysoki przez Zamawiającego w przypadku obu ofert, to niezrozumiałe z uwagi na brak wykazania tego, zarówno przez Zamawiającego na etapie rozprawy jak również Konsorcjum Mosty- Łódź w złożonych wyjaśnieniach jest jaki miałyby to mieć wpływ w przypadku oferty Konsorcjum Mosty – Łódź na optymalizację rozwiązań technologicznych zastosowanych w celu obniżenia kosztów w obrębie konstrukcyjno-budowlanym przy czym odstępstwa od założeń technicznych przedstawionych dla wykonawców przez Zamawiającego były jednakowe dla wszystkich składających oferty w postępowaniu.

Izba zaznacza, że Zamawiający w żadne sposób nie odniósł się do argumentacji zawartej w odwołaniu, podtrzymanej na rozprawie i wykazywanej złożonymi dowodami (dowód nr 1, dowód nr 2) w zakresie wyliczenia w ofercie Konsorcjum Mosty- Łódź cen dla poszczególnych, acz jak wszywała Odwołujący kluczowych elementów prac konstrukcyjno – budowlanych, które w efekcie tworzą znaczące wartości realizacji inwestycji. Zamawiający, co już było podnoszone w tym uzasadnieniu, zaznaczył jedynie, że istnieją rozbieżności w cenie dwóch złożonych oferty w tym postępowaniu o zamówienie właśnie w obszarze prac konstrukcyjno – budowlanych. Przeprowadzony przez Odwołującego w uzasadnieniu zarzutów odwołania wywód odnoszący się do poszczególnych elementów oferty jest bardzo precyzyjny, odnosi się do wartości jakie oszacował Zamawiający, cen rynkowych oraz z uwzględnieniem dokumentacji Zamawiającego. Izba zaznacza, że nie sposób w przedstawionym zakresie poszczególnych prac, robót, konstrukcji i innych wskazanych w uzasadnieniu przyjąć nierzetelność czynności Odwołującego, wręcz przeciwnie, Odwołujący w sposób bardzo efektywny wykazał elementy nierealne – wykazał na przykład, że zabezpieczenie wykopu ścianą szczelną zostało przez Zamawiającego oszacowane na kwotę 100 razy większą, niż proponuje Konsorcjum Mosty- Łódź (4 279 524 zł netto do 44 730 zł netto) oraz roboty ziemne oszacowane na kwotę 3 727 960 zł netto wyliczone zostały przez Konsorcjum Mosty – Łódź na kwotę 718 896 zł netto; tak samo w przypadku pozycji płyta fundamentowa – betonowanie i zbrojenie gdzie Zamawiający oszacował obie pozycje na kwotę 12 734 084 złotych netto a Konsorcjum Mosty – Łódź 4 439 119 złotych netto, tak też dla konstrukcji żelbetowych - betonowanie i zbrojenie gdzie Zamawiający oszacował obie pozycje na kwotę 21 943 064 złotych netto a Konsorcjum Mosty – Łódź 10 156 190 złotych netto i konstrukcje stalowe gdzie Zamawiający oszacował na kwotę 3 284 550 złotych netto a Konsorcjum Mosty – Łódź 557 224 złotych netto. Odwołujący podniósł również, że w zakresie konstrukcji z drewna klejonego klasy minimum GL32h Zamawiający w kosztorysie oszacował na kwotę 8 995 139 złotych netto a Konsorcjum Mosty – Łódź 5 469 173 złotych netto. W zakresie konstrukcji dachu z membrany ETFE wartość kosztorysu Zamawiającego to 13 966 226 złotych netto przy obmiarze 5 956 m² (co daje 2 348 zł/m²) natomiast Konsorcjum Mosty – Łódź zaoferowało 3 757 320 złotych netto, jednocześnie Odwołujący wskazał, że cena za metr kwadratowy Afrykanarium tj. inwestycji realizowanej wcześniej przez ten sam zespół projektowy, do którego udziału odwołuje się w realizacji zadania Konsorcjum Mosty-Łódź, w ówczesnym kosztorysie ofertowym wynosił 2 223 zł/m². Podobnie sprawa wygląda w zakresie kosztów elewacji gdzie Zamawiający oszacował wartość wykonania prac na 16 706 761 zł netto przy obmiarze 10 293m²,

natomiast Konsorcjum Mosty- Łódź zaoferowało kwotę 2 481 683 zł netto, co daje kwotę jednostkową u Zamawiającego 1 623 zł/m² a Konsorcjum Mosty- Łódź 241 zł/m². Również w zakresie przyłączy ciepłych Zamawiający oszacował wartość wykonania prac na 106 877 zł netto a Konsorcjum Mosty- Łódź zaoferowało kwotę 447 zł netto. W zakresie przyłączy energetycznych Zamawiający oszacował wartość wykonania prac na 110 205,26 zł netto a Konsorcjum Mosty- Łódź zaoferowało kwotę 7 775,27 zł netto oraz w pozycji zasilanie dwustronne energetyczne Zamawiający oszacował wartość wykonania prac na 87 484,13 zł netto a Konsorcjum Mosty- Łódź zaoferowało kwotę 7 775,27 zł netto.

Tak daleko idące różnice w cenie oferty oraz szacunku inwestora nie powinny zostać bezkrytycznie przyjmowana przez Zamawiającego, który w swojej argumentacji przedstawionej na rozprawie jednoznacznie dał wyraz temu, że dostrzegł w czym są różnice w cenie oferty Konsorcjum Mosty-Łódź i Odwołującego. Należy mieć na uwadze, że dopuszczone przez Zamawiającego zaledwie kilkuprocentowe odchylenia od powierzchni, kubatur lub wskaźników ujętych w Programie Funkcjonalno Użytkowym co również nie stanowi uzasadnienia dla tak ogromnej, bo ponad 150-pięćdziesięcio milionowej różnicy w szacunku Zamawiającego a złożonej ofercie przez Konsorcjum Mosty- Łódź.

W ocenie Izby wyjaśnienia elementów ceny oferty przedstawione przez Konsorcjum Mosty – Łódź zostały w sposób nieprawidłowy i jedynie intencjonalny ocenione przez Zamawiającego, bowiem gdyby ocena tych wyjaśnień faktycznie potwierdzała realność zaoferowanej ceny przez Konsorcjum Mosty – Łódź to Zamawiający umiałby zając stanowisko w zakresie argumentacji zawartej w odwołaniu, a tego nie zrobił, wręcz przeciwnie przyznał nawet, że dla niego korzystniejsze są zaniżone ceny na pierwszym etapie realizacji całej inwestycji. Słusznie wskazał Odwołujący, odnosząc się do pisma procesowego Zamawiającego *że w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny nie ma z czym polemizować z zamawiającym, bowiem sam zamawiający wskazał, że nie posiada wiedzy jak powinno to być skalkulowane, w związku z tym przyznaje, że nie potrafi dokonać oceny w tym zakresie.* Niewątpliwie nie sposób niezgodzić się w tym zakresie z Odwołującym. Jednocześnie należy mieć na uwadze, że Zamawiający sam wskazał (str. 4 akapit drugi pisma procesowego), że w dokumentacji wskazane były wymagania minimalne, co ma wpływ na wycenę ofert.

Przedstawione przez Konsorcjum Mosty – Łódź wyjaśnienia są ogólnikowe, wskazując jedynie hasłowo jakieś informacje i w zasadzie nie odnoszące się do elementów oferty, wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia a w rozpoznawanym przypadku są w szczególności przeglądem orzecznictwa

Krajowej Izby Odwoławczej i Sądów Powszechnych, lecz to nie takie informacje stanowią odzwierciedlenie kalkulacji ceny oferty w postępowaniu. Hasłowe odwołanie się przez Konsorcjum Mosty – Łódź do osiągnięcia wyników finansowych czy też strategii biznesowych wpływały na kalkulację ceny oferty, tym bardziej, że w żaden sposób nie zostało to wykazane. Niewiarygodne, nie poparte żadnym dowodem i logicznie niemożliwe są twierdzenia Konsorcjum Mosty – Łódź odnoszące się do wynegocjowanych stawek z podwykonawcami, które miałyby zostać obniżone jeszcze przez te podmioty o około 5-10 % po zawarciu przez Konsorcjum Mosty – Łódź umowy z Zamawiającym na realizację tej inwestycji – brak złożenia w tym zakresie jakichkolwiek dowodów przez Konsorcjum Mosty – Łódź prowadzi jedynie do wniosku, że ta argumentacja została przygotowana jedynie na potrzeby tych wyjaśnień elementów ceny oferty, co w efekcie prowadzi do wniosku, że wykonawca Konsorcjum Mosty – Łódź poszukiwał obszarów oferty w których mógłby wykazywać jakieś oszczędności w celu uprawdopodobnienia Zamawiającemu „spięcia” całościowej ceny oferty. Argumentacja zawarta w piśmie Konsorcjum Mosty – Łódź odnosząca się do optymalizacji projektowej również nie znalazła uzasadnienia, bowiem samo hasłowe odniesienie się do takiego powodu obniżenia ceny oferty o ponad 40% od szacunku Zamawiającego jednocześnie przy jedynie kilkuprocentowej możliwości odstąpienia od założeń, opisu poczynionego w dokumentacji przez Zamawiającego jest w zasadzie nieprawdopodobna. Brak argumentacji oraz dowodów nie pozbawia twierdzeń Konsorcjum Mosty – Łódź nierealności. Konsorcjum Mosty – Łódź nie podało na czym polega owa optymalizacja, nie odniosło się do metod, sposobów lub innych znanych tylko Konsorcjum Mosty – Łódź sposobów optymalizacji kosztów. Izba zaszcza, że w części niejawniej załączników do wyjaśnień, w załączniku nr 2 optymalizacja rozwiązań technicznych, oświadczenie projektanta nie została wyjaśniona w jaki sposób, w jakich obszarach, przy wykorzystaniu jakich mechanizmów możliwe jest uzyskanie takich efektów, które przekładają się następnie na cenę oferty. Załącznik ten zawiera ogólne stwierdzenia, rekomendacje zastosowania pewnych rozwiązań, lecz są to jednozdaniowe hasła, które nie sposób uznać za wyjaśnienie elementów oferty, które mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Argumentacja jaka została wskazana w wyjaśnieniach a odnosząca się do oddalenia bazy tj. siedziby Mosty Łódź przedstawiona przez Konsorcjum Mosty – Łódź również nie stanowi uzasadnienia takiej rozbieżności ceny oferty. W załącznikach objętych tajemnicą Konsorcjum Mosty – Łódź skupia swoją uwagę na oszczędnościach jakie poczyniło z uwagi na posiadaną bazę sprzętowa, materiałową, zaplecze techniczne. W treści wyjaśnień podaje hasłowe i ogólnikowe informacje, natomiast z załączonych do wyjaśnień dokumentów wynikają jakieś

wartości lecz w zasadzie brak jest wartości wyjściowych np. dla wykwalifikowanych pracowników. Aby można było mówić o oszczędnościach to należałoby wpiern określić daną wartość i wskazać co pozwoliło na konkretne oszczędności przy wycenie danych zadań. Wyjaśnienia poczynione przez Konsorcjum Mosty – Łódź mają w ocenie Izby udowodnić realność zaoferowanej ceny nie przez wykazania jakie elementy w nią wchodzić lecz przez wykazanie na czym oszczędził wykonawca, a oszczędził tyle ile było niezbędne aby cena zaoferowana była wynikiem tych oszczędności. Trudno uznać za wyjaśnienia odniesienie się do określonej grupy zawodowej i kosztów jej pracy, w zasadzie to oszczędności na kosztach pracy wskazanych pracowników bez określenia wartości kosztów pracy. Taki mechanizm zastosowany przez Konsorcjum Mosty – Łódź w złożonych załącznikach stanowi swego rodzaju odwrócenie elementów, które mają być podane. Konsorcjum Mosty – Łódź szeroko w swoim uzasadnieniu wskazuje na terminy gwarancji zaoferowane przez siebie oraz Odwołującego i wyjaśnia, że oferując krótsze terminy gwarancji na przeszklenia akrylowe basenów, tuneli akrylowych oraz gwarancji na wykonane roboty konstrukcyjne, budowlane, instalacyjne, oprogramowanie zaoszczędziło bardzo wysokie kwoty, co umożliwiło złożenie oferty o niższej cenie. Wyjaśnienia te odnoszą się do jednego z elementów ceny oferty oraz w ocenie Izby wskazują na wycenę oferty w obrębie kosztów zaoferowanej gwarancji, jednocześnie nie odnoszą się do niskiego kosztu realizacji inwestycji. Wykazanie, że cena oferty jest niższa od oferty Odwołującego w związku z zaoferowaniem innych terminów gwarancji nie odnosi się do innych elementów ceny oferty. Zaznaczyć należy również, że kalkulacja ta jest przeprowadzona i oparta na ofertach, które były złożone Konsorcjum Mosty – Łódź, co również ma znaczenie, bowiem jak wskazywał Odwołujący, to Odwołujący posiada doświadczenie w realizacji podobnych obiektów (Afrykanarium we Wrocławiu) natomiast Konsorcjum Mosty – Łódź nie posiada doświadczenia w takich konstrukcjach tym samym, oferty które uzyskuje Odwołujący mogą w sposób istotny różnić się od tych uzyskanych przez Konsorcjum Mosty – Łódź. Podkreślić należy, że dokumentacja postępowania określała zamknięty katalog czynności jakie muszą zostać wzięte przy dokonaniu wyceny czego nie zmienia udział w wizji lokalnej jakiegokolwiek podmiotu. Tym bardziej, że Konsorcjum Mosty – Łódź wskazywało na udział w realizacji zamówienia zespołu projektowego z posiadaniem doświadczeniem w projektowaniu podobnego obiektu jak również wykorzystania systemu BIM, który jest wdrażany przez Mosty Łódź a który ma zmniejszać koszty projektowe o ok. 10 % mimo tego, cena za wykonanie projektu Orientarium wynosi ponad 13 000 000 mln złotych, przy czym cena za porównywalny obiekt

tj. Afrykanarium we Wrocławiu, wykonywany przez tą samą pracownię projektową, na którą wskazywało Konsorcjum Mosty – Łódź wynosiła około 5 000 000 zł.

Resumując powyższe w ocenie Izby Zamawiający nie dokonał oceny złożonych wyjaśnień w sposób prawidłowy, co więcej w złożonym piśmie procesowym wskazał na bark umiejętności dokonania takiej oceny i jak podał na rozprawie złożone wyjaśnienia przez wykonawcę Konsorcjum Mosty – Łódź były dla Zamawiającego przekonywujące. Jednocześnie, co również potwierdziły wyjaśnienia poczynione na rozprawie, Zamawiający zdawał sobie sprawę, dostrzegł że w zakresie technologicznym ceny ofert złożonych w postępowaniu były porównywalne, jak również we wskazanym do realizacji zamówienia potencjale ludzkim natomiast odbiegały od siebie znacząco w zakresie tej części dotyczącej elementów konstrukcyjno-budowlanych. Z wyjaśnień poczynionych przez Konsorcjum Mosty – Łódź nie wynikało aby optymalizacja rozwiązań technologicznych na jakich zastosowanie powoływało się konsorcjum mogło mieć wpływ na takie obniżenie kosztów w tym obrębie konstrukcyjno-budowlanym jakie wynika z oferty Konsorcjum Mosty – Łódź przy dopuszczonym przez Zamawiającego zakresie procentowym zmian w stosunku do założeń dokumentacji technicznych przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym prawidłowo został wskazany przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 3 ustawy i na tej podstawie oferta Konsorcjum Mosty – Łódź powinna zostać odrzucona z postępowania.

B. W zakresie zarzutu - brak potwierdzenia realnego korzystania z zasobów podmiotów trzecich w realizacji zamówienia oraz brak realnego udziału tych podmiotów w wykonywaniu zamówienia – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 5.4.3 Zamawiający wymagał - *Kwalifikacje techniczne (wiedza i doświadczenie, a także dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia). Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:*
3. Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących kwalifikacji technicznych (wiedza i doświadczenie, a także dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia), polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi

podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żąda dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,*
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

4. W przypadku powoływania się przez Wykonawcę, przy wykazywaniu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy uwzględnić, że podmiot z którego wiedzy i doświadczenia Wykonawca korzysta, musi uczestniczyć w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia w zakresie co najmniej spełnianego warunku wiedzy i doświadczenia

Konsorcjum Mosty – Łódź wraz z ofertą złożyło zobowiązania podmiotów trzecich do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia: Mirbud Spółka Akcyjna z dnia 17 czerwca 2016 r.: TKS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dnia 17 czerwca 2016 r. oraz AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z dnia 12 sierpnia 2016 r.

Izba wskazuje że poza dyskusją pozostaje, słuszność podnoszonego w doktrynie i orzecznictwie (w tym w orzecznictwie TS UE) postulatu realność udostępnienia i dysponowania określonymi zasobami podmiotów trzecich na czas realizacji zamówienia. Realność w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia i w tym zakresie należy ją badać uwzględniając treść złożonego dokumentu. Zatem wymagane udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać. Wykazanie to następuje przy wykorzystaniu dowolnych środków dowodowych, w tym przy pomocy wskazanego przykładowo w treści art. 26 ust. 2b („w szczególności”) pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Wykonawca winien więc dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, a także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych

warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy stanowi, iż wykonawca może polegać na potencjale podmiotu trzeciego niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków, a ocena charakteru i wagi tych stosunków, może być jednym z elementów składających się na ocenę udowodnienia okoliczności, o których mowa w tym przepisie.

Izba podziela argumentację przedstawioną przez Odwołującego w odwołaniu jak również na rozprawie, jednocześnie wskazuje, że nie można zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Zaznaczyć również należy, że sam Zamawiający w treści SIWZ w sposób jednoznaczny określił jakie elementy, informacje winny znajdować się w złożonych dokumentach. Tymczasem ze złożonych Zobowiązań wynika wskazanie udostępnienia własnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia a w przypadku AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd know-how i doświadczenia. Z załączonych Listów intencyjnych wynika jedynie, że zobowiązują się do realizacji części zamówienia w zakresie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w charakterze podwykonawcy na podstawie umowy podwykonawczej zawartej po podpisaniu przez Konsorcjum Mosty- Łódź umowy na realizację kontraktu oraz zobowiązują się do udostępnienia na cały okres kontraktu własnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. W przypadku AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd zobowiązał się do wykonania części zamówienia w zakresie spełnienia warunków know-how i doświadczenia jako podwykonawca w oparciu o umowę o podwykonawstwo.

W ocenie Izby tak złożone dokumenty nie potwierdzają w szczególności zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, co było wymagane przez Zamawiającego i co wynika z obowiązujących przepisów prawa. Konsorcjum Mosty- Łódź nie wykazało realnego korzystania z zasobów podmiotów trzecich, co wynika z samej treści złożonych dokumentów w których wskazano, że zakres podwykonawstwa czyli sposobu, czasu, zakresu i innych istotnych elementów zostanie dopiero potwierdzony w przyszłości zawartych umowach. Jednocześnie należy wskazać, że zakres zobowiązania musi wskazywać realne faktyczne udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego, co wynika również z samej treści SWIZ. W ocenie Izby zarzut postawiony przez Odwołującego był zasady w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 26 ust. 2b ustawy przez zaniechanie wezwania

Konsorcjum Mosty- Łódź do uzupełnienia dokumentów zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów - Mirbud Spółka Akcyjna, TKS Spółka z ograniczoną oraz AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z dnia 12 sierpnia 2016 r. Zarzut naruszania art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 2b był przedwczesny.

C. W zakresie zarzutu - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia – Izba uznała za niezasadny.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 5.4.3 Zamawiający wymagał - *Kwalifikacje techniczne (wiedza i doświadczenie, a także dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia).*

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

1. Wykonawca spełnia warunek wiedzy i doświadczenia, jeżeli w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał łącznie co najmniej:

3) jedną robotę budowlaną obejmującą przestrzeń dla zwiedzających oraz przestrzeń ekspozycyjne i hodowlane dla zwierząt obejmujące minimum cztery biotopy dla egzotycznych zwierząt lądowych o powierzchni całkowitej co najmniej 3000 m².

W załączonym Wykazie robót budowlanych Konsorcjum Mosty – Łódź wskazało między innymi przedsięwzięcie „Rozbudowa Ścieżki Dydaktycznej w Śląskim Ogrodzie Zoologicznym w Chorzowie”.

W trakcie rozprawy Odwołujący cofnął zarzut w części odnoszącej się do wymaganej w warunku powierzchni całkowitej 3 000m², w pozostałym zakresie zarzut podtrzymał.

W ocenie Izby Zamawiający wykazał w trakcie rozprawy, że ten zarzut Odwołujący postawił w sposób niezasadny. Zamawiający pozyskał od Śląskiego Ogrodu Zoologicznego pismo z dnia 13 października 2016 roku (dowód nr 5). Jednocześnie wyjaśnił Zamawiający, że zgadza się z definicją biotopu zawartą w opinii (dowód nr 3) przedstawionej przez Odwołującego na karcie 4 i podkreślił, że definicja biotopu jest definicją powszechną, słownikową legalną, czego Odwołujący nie kwestionował. Zamawiający wskazywał, że zgodnie z definicją biotopu dotyczy ona elementów fizycznych danego wybiegu, takich jak

temperatura, światło, wilgotność, natomiast w opinii przedstawionej przez Zamawiającego argumentacja, która jest przedstawiona do poszczególnych wybiegów odnosi się nie do biotopu, lecz do ekosystemu.

Tym samym w ocenie Izby nie doszło do naruszenia podnoszonych przez Odwołującego przepisów ustawy

D. W zakresie zarzutu - niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 5.4.3 Zamawiający wymagał w pkt 2 – *Wykonawca spełnia warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli:*

- 1) *do realizacji zamówienia dysponował będzie co najmniej następującymi osobami:*
 - *Osoba nr 7 – osoba, która będzie pełniła funkcję Kierownika robót sanitarnych, posiadająca wykształcenie wyższe, uprawnienia budowlane(*3) do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub inne odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie obowiązujących przepisów, co najmniej 5 letnie doświadczenie zawodowe(*2) po uzyskaniu uprawnień budowlanych oraz która pełniła funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 15 000 m² i basenu dla zwierząt wyposażonego w instalację podtrzymywania życia LSS o pojemności zbiornika co najmniej V=2000 m³;*

W Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami Konsorcjum Mosty – Łódź wskazało Panią E.S. podając m.in., że od 05.2008r. do 10.2014 r. pełniła funkcję projektanta branży sanitarnej podczas realizacji projektu: „Budowa obiektu Afrykarium - Oceanarium wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZOO Wrocław Sp. z o.o. przy ul. Wróblewskiego 105 we Wrocławiu”. W ramach zadania projekt budowlany i projekt wykonawczy obiektu użyteczności publicznej obejmującego swoim zakresem obiekt budowlany o powierzchni całkowitej 17 500m², zawierający m.in. basen dla rekinów o

objętości zbiornika 3000m³ wyposażony w instalację podtrzymywania życia LSS.

Izba wskazuje, że warunek udziału w postępowaniu był precyzyjny i zrozumiały, oraz że w sposób jednoznaczny Zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentów jakie mają być złożone w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Aby możliwe było skuteczne zweryfikowanie wykonawców wymagania im stawiane muszą być skonkretyzowane (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 984/08). Opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków musi być jednoznaczny, a dokumenty, jakimi ma wykazać się wykonawca muszą być konkretnie określone i wskazane (porównaj: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 938/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2012 roku sygn. akt KIO 485/12; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 października 2013 rok sygn. akt KIO 2384/13). Izba wskazuje, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających warunki należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający *wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ* (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań.

Z ukształtowanego przez Zamawiającego wymagania w sposób jednoznaczny wynikało, że wskazana przez wykonawcę osoba dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu miała pełnić funkcję Kierownika Budowy lub Kierownika Robót przy budowie obiektu użyteczności publicznej o powierzchni nie mniejszej niż 15 000 m² i basenu dla zwierząt wyposażonego w instalację podtrzymywania życia LSS o obojętności zbiornika co najmniej $V=2000$ m³.

Izba podziela argumentację Odwołującego przedstawioną w odwołaniu, bowiem jak wykazał Odwołujący dokumentami załączonymi do odwołania oraz Oświadczeniem Generalnego Wykonawcy inwestycji *„Budowa obiektu Afrykarium - Oceanarium wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZOO Wrocław Sp. z o.o. przy ul. Wróblewskiego 105 we Wrocławiu”* (dowód nr 5) ww. osoba pełniła funkcję Kierownika robót sanitarnych w okresie od grudnia 2011 roku do lutego 2013 roku, przy czym realizacja ww. inwestycji obejmował w okresie od 2008 roku do 2012 roku prace projektowe i związane w uzyskiwaniem pozwoleń na budowę oraz finansowania dla inwestycji, natomiast prace

budowlane rozpoczęły się w roku 2012 i trwały do roku 2014. Okres wykonywania funkcji Kierownika robót instalacyjno-sanitarnych przy ww. inwestycji przez Panią E.S. potwierdza załączona do odwołania umowa nr PR/62-105/2011 oraz aneks nr 2 z dnia 31 grudnia 2012 roku oraz wpis w Dzienniku Budowy z dnia 15 lutego 2013 roku zgodnie z którym z tym samym dniem Pani E.S. przestała pełnić obowiązki Kierownika robót instalacji sanitarnych. Jednocześnie z pozostałych załączonych do odwołania dokumentów ze spotkań koordynacyjnych z projektantami jak również z Oświadczeniem Generalnego Wykonawcy inwestycji *„Budowa obiektu Afrykarium - Oceanarium wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZOO Wrocław Sp. z o.o. przy ul. Wróblewskiego 105 we Wrocławiu”* (dowód nr 5) wynika, że prace LLS (technologia systemu podtrzymywania życia), wykonanie instalacji technologicznych, w tym wykonanie kompletnych instalacji dla biotopów, nastawianie wody morskiej jej dojrzewania oraz produkcja i instalacje niezbędne dla LLS umożliwiających funkcjonowanie życia były wykonywane od lipca 2013 roku, co potwierdza załączona do Oświadczenia (dowód nr 5) umowa nr PD/17_Z-A/2013 z podwykonawcą a kierowanie robotami budowlanymi instalacyjnymi zostało powierzone Pani Ewie Wardze. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że obecnie Odwołujący to Generalny Wykonawca inwestycji *„Budowa obiektu Afrykarium - Oceanarium wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą na terenie ZOO Wrocław Sp. z o.o. przy ul. Wróblewskiego 105 we Wrocławiu”*.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, że Konsorcjum Mosty-Łódź nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie Kierownika robót sanitarnych, bowiem nie można uznać, że wymagania spełnia wskazana osoba. Izba nie podziela argumentacji przedstawionej przez Zamawiającego na rozprawie, że warunek udziału w postępowaniu był tak skonstruowany, że należy go tak czytać, że kierownik robót sanitarnych nie musiał brać udziału do zakończenia realizacji inwestycji. Wyjaśnił Zamawiający w trakcie rozprawy, że gdyby kierownik robót sanitarnych pracował przy inwestycji np. 3 dni i później by nie pracował, to też wykonawca wykazałby spełnienie tego warunku. Z taką wykładnią warunku jaki ukształtował sam Zamawiający w dokumentacji postępowania nie można się zgodzić, warunek należy odczytywać zgodnie z tym co zostało ukształtowane przez Zamawiającego a jakiegokolwiek odstępstwa na etapie oceny spełnienia warunku są niedopuszczalne.

W ocenie Izby zarzut postawiony przez Odwołującego był zasady w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mosty- Łódź do uzupełnienia dokumentów na wykazanie potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania kierownikiem robót sanitarnych. W zakresie zarzutu naruszenia

art. 24 ust. 2 pkt 3 Izba uznała zarzut za niezasadny; w ocenie Izby podane przez Konsorcjum Mosty Łódź informacje nie potwierdziły spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jednocześnie odnosiły się w swej treści do informacji jakich nie wymagał Zamawiający, ponieważ wskazane zostało pełnienie funkcji projektanta a nie Kierownika Budowy czy też Kierownika Robót. Konsorcjum Mosty- Łódź wskazało również w dalszej części na zakres inwestycji nie podając w czy wskazana osoba pełniła w tym zakresie wymagane przez Zamawiającego warunki funkcje. Zarzut naruszania art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 był przedwczesny.

E. W zakresie zarzutu - niezłożenie przez Konsorcjum Mosty - Łódź dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt 5.4.1 - *Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego* Zamawiający wygałał w pkt II Formalności pkt 5 *Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 3-4.*

Natomiast w:

3. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający żąda następujących dokumentów:

- 1) oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;*
- 2) aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;*
- 3) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub*

wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

4) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

5) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

6) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

7) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

4. Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy Pzp, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania, dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8, 10 i 11 ustawy Pzp, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób lub przed notariuszem.

Konsorcjum Mosty – Łódź powołało się w postępowaniu na zasoby podmiotu AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii, tym samym zobowiązany był złożyć odniesieniu do tego podmiotu dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia.

W zakresie wykazanie, że AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii

nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne do oferty załączone zostało przez Konsorcjum Mosty – Łódź oświadczenie złożone przed australijskim notariuszem.

Odwołujący wskazał, że w Australii istnieje odpowiednik polskiego Urzędu Skarbowego – Australian Taxation Office, które w ramach swoich kompetencji uprawnione jest do wydawania zaświadczenia potwierdzającego niezaleganie z uiszczeniem podatków przez podmioty funkcjonujące na terenie Australii oraz istnieje Australian Securities and Investments Commission – podmiot, który wydaje zaświadczenia w zakresie niezalegania w płatności podatków.

W zakresie składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne Odwołujący wskazał, że instytucją właściwą do wydania zaświadczenia jest Centrelink – Australian Government Department of Human Service, będący odpowiednikiem polskiego Zakładu Ubezpieczeń Społecznych.

W zakresie stwierdzenia niekaralności spółki Odwołujący wskazał, że właściwa jest Verityas Check, która to instytucja wystawiała załączone do oferty dokumenty potwierdzające niekaralność członków AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii tj. policyjne zaświadczenie o weryfikacji niekaralności. Obok wymienionej wyżej instytucji w Australii funkcjonuje również Australian Securities and Investments Commission, która w ramach swoich kompetencji wydaje zaświadczenia o niekaralności podmiotów zbiorowych.

Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego zasługuje na uwzględnienie, w ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy a Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę co najmniej do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych oświadczeń oraz do uzupełnienia dokumentów. należy pamiętać, że podmiot zobowiązany jest do złożenia dokumentów nie dokonuje samodzielnie wyboru dokumentów lecz zobowiązany jest złożyć dokumenty pochodzące od uprawnionych instytucji a możliwość złożenia oświadczenia aktualizuje się w ściśle określonych sytuacjach tzn. gdy w kraju dla siedziby podmiotu nie wydaje się określonych dokumentów. Wydaje się słusznym poglądem, że wykonawca składający ofertę chcąc przedstawić Zamawiającemu dokumenty podmiotu na potencjał którego się powołuje w pierwszej kolejności winien jest wykazać Zamawiającemu, że w danym kraju określonych dokumentów się nie wydaje i dlatego zostają one zastąpione innymi, dopuszczonymi prawem. W rozpoznawanej sprawie Konsorcjum Mosty- Łódź nie wskazało Zamawiającemu dlaczego zostało załączone do oferty oświadczenie AAT - Advanced Aquarium Technologies Ltd z siedzibą w Australii a nie zostały złożone

dokumenty. Co więcej w trakcie rozprawy Zamawiający sam wskazał, że dokonał oceny jedynie przez śledzenie stron internetowych, co nie wydaje się być wystarczającym działaniem. W ocenie Izby Odwołujący wskazał na konkretne instytucje co do których Zamawiający nawet się nie odniósł w swojej argumentacji. Dlatego też w ocenie Izby zarzut postawiony przez Odwołującego był zasadny. Zarzut naruszania art. 22 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 był przedwczesny.

F. W zakresie zarzutu - brak w treści wykazu osób informacji na temat doświadczenia osób w nim wymienionych – Izba uznała zarzut za zasadny.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający w pkt 5.4.3 wskazał - *Kwalifikacje techniczne (wiedza i doświadczenie, a także dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia).*

Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów:

2. Wykonawca spełnia warunek dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli:

1) do realizacji zamówienia dysponował będzie co najmniej następującymi osobami: (...)

*(*2) Przez doświadczenie zawodowe (w okresie od daty uzyskania stosownych uprawnień do daty składania ofert), zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 9a ustawy z dnia 20 kwietnia 2004 r. o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy (Dz. U. z 2004 r. Nr 99, poz. 1001 z późn. zm.), należy rozumieć doświadczenie zawodowe uzyskane w trakcie:*

zatrudnienia,

wykonywania innej pracy zarobkowej,

lub prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy.

Oznacza to, że doświadczenie zawodowe uzyskuje się m. in. poprzez lata pracy zarobkowej w trakcie zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej prowadzonej co najmniej 6 miesięcy. Warunek doświadczenia zawodowego zawiera także doświadczenie praktyczne tj. wymóg nabycia, w trakcie tego doświadczenia zawodowego, określonych umiejętności praktycznych do wykonywania pracy przez wykonywanie zadań o określonym stopniu złożoności.

Zamawiający określił w Załączniku nr 4 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami, pod tabelą, że wykonawca ma podać wszystkie informacje, pozwalające jednoznacznie stwierdzić czy Wykonawca spełnienia warunków dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, wraz z informacjami na temat ich doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności.

Izba wskazuje, że w przedstawionym przez Konsorcjum Mosty - Łódź załączniku stanowiącym wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia brak jest informacji dotyczących posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia. Sam Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazywał jak należy rozumieć doświadczenie zawodowe, co również nie pozostaje bez znaczenia dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, której dokonał Zamawiający. Uznając zasadność twierdzeń Odwołującego w zakresie argumentacji prawnej z odwołaniem się również do 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 jak również mając na względzie postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia a także cel jakemu służy podanie informacji jakich wymagał Zamawiający, gdzie dla różnych osób mających brać udział w realizacji zamówienia określił różne wymagania co do okresu posiadanego doświadczenia wskazać należy, że ocena Zamawiającego była nieprawidłowa. Doświadczenie danej osoby w rozpoznawanym przypadku, zgodnie z określonymi wymaganiami określonymi przez Zamawiającego powinno referować co najmniej do obszarów w jakich zostało ono uzyskane ze wskazaniem okresu tzn. czy zostało uzyskane na podstawie wykonywania określonych czynności w ramach zatrudnienia, wykonywania innej pracy zarobkowej lub prowadzenia działalności gospodarczej przez okres co najmniej 6 miesięcy. Izba wskazuje, że argumentacja Odwołującego zasługuje na uwzględnienie, w ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 26 ust.4 ustawy. Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 był przedwczesny.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami).

Przewodniczący:.....