

Sygn. akt: KIO 1608/19

WYROK
z dnia 6 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 września 2019 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 sierpnia 2019 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi Kępińskie Sp. z o.o., ul. Wrocławska 28, 63-600 Kępno**

przy udziale wykonawcy **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. K. Instalatorstwo C. O. WOD - KAN i Gazowe Boników, ul. Szkolna 1, 63-430 Odolanów** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców **Konsorcjum Firm: 1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „INKADRO” Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o., ul. Bema 186, 63-400 Ostrów Wielkopolski (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Poznańska 74, 63-400 Ostrów Wielkopolski** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica 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 Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o.,
ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica** 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 16 października 2018 r. poz. 1986 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 Kaliszu**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1608/19

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przykanalikami i przepompowniami w m. Szklarka Mielęcka i Borek Mielęcki gm. Kępno”, nr sprawy nadany przez Zamawiającego ZP.271.4.2019; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22.05.2019 r. pod nr 2019/S 098- 238179 przez Wodociągi Kępińskie Sp. z o.o., ul. Wrocławska 28, 63-600 Kępno zwana dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 08.08.2019 r. (za pomocą Platformy ePUAP i e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Konsorcjum Firm: 1) Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „INKADRO” Sp. z o.o. (Lider); 2) Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INZYNIERIA” Sp. z o.o., ul. Bema 186, 63-400 Ostrów Wielkopolski (Partner): z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Poznańska 74, 63-400 Ostrów Wielkopolski zwane dalej: „Konsorcjum INKADRO” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego”. Piątą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o., ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica zwane dalej: „Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o.” albo „Odwołującym”. Czwartą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. K. Instalatorstwo C. O. WOD - KAN i Gazowe Boników, ul. Szkolna 1, 63-430 Odolanów zwany dalej: „M. K. Instalatorstwo C. O. WOD - KAN i Gazowe Boników” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego”.

W dniu 19.08.2019 r. (za pomocą Platformy ePUAP i e-mailem) Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o. o. wniosło odwołanie na czynność z 08.09.2019 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” poprzez naruszenie zasady nakazującej prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości oraz naruszenie innych pozostających w związku z art. 7, tj.: 1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy konsorcjum INKADRO, pomimo, że zawiera ona rażąco niską ocenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INKADRO pomimo, że na skutek wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny doszło do

potwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”.

2. art. 26 ust. 3 Pzp (względnie art. 22a ust. 2), poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie wezwania Konsorcjum INKARDO do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów (Wykazu osób), pomimo, że ww. wykonawca pomimo wymogów SIWZ nie wskazał jednoznacznej podstawy dysponowania osobami w zakresie potrzeby określenia, czy jest to dysponowanie pośrednie czy bezpośrednie.

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKARDO, względnie zaniechanie wyjaśnień w tym zakresie (naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp), pomimo że ww. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem jego zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, na co wskazuje niewystarczająca zdolność ekonomiczna i finansowa Konsorcjum INKARDO.

4. art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp oraz niezgodne z opisem kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, zaniechanie przyznania Odwołującemu 20 pkt za doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, pomimo, że Odwołujący wykazał co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego dla wskazanego kierownika budowy. Odwołujący wnosił o nakazanie:

1. Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Konsorcjum INKARDO jako najkorzystniejszej;
2. Zamawiającemu powtórzenia stosownych czynności w zakresie prawidłowej oceny ofert, w tym nakazanie przyznania Odwołującemu dodatkowej punktacji w kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia dla wskazanego kierownika budowy;
3. Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INKARDO, pomimo, że zawiera ona rażąco niską ocenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INKARDO pomimo, że na skutek wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny doszło do potwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Analizując zagadnienie rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Konsorcjum INKARDO, należy zauważyć znaczącą różnicę cenową pomiędzy ceną oferty Konsorcjum INKARDO a pozostałymi cenami wykonawców. Co istotne wycena Konsorcjum INKARDO na poziomie 5 198 638,51 zł jest o ponad 2,5 mln

zł niższa od kolejnej skalkulowanej oferty, jak również jest o około połowę niższa, aniżeli oferta wykonawcy EKO-WOD. Znamienny w tym względzie jest fakt, że warunki realizacji zamówienia dla wszystkich wykonawców byłyby takie same, z punktu widzenia wymagań Zamawiającego oraz parametrów zadeklarowanych w ofertach. Tymczasem cena wykonawcy konsorcjum INKARDO istotnie odbiega od pozostałych cen, które są bardzo do siebie zbliżone. Powyższe wskazuje, że cena oferty konsorcjum INKARDO nie znajduje potwierdzenia w warunkach rynkowych, jak również nie znajduje potwierdzenia w szczególnych okolicznościach, które uzasadniałyby znaczące obniżenie wyceny. Należy przy tym mieć na względzie, że bardzo istotną część każdej z cen ofertowych w postępowaniu stanowi materiał i robocizny, które na rynku występują w podobnych cenach. Zatem tak istotna różnica cenowa jest niewytłumaczalna, tym bardziej, że konsorcjum INKARDO nie wykazało szczegółowo jakie okoliczności miałyby na taką obniżoną cenę wpływ i jaki ten wpływ miałyby te okoliczności mieć. Co istotne - a co zostało pominięte przez Zamawiającego w ramach oceny Konsorcjum INKARDO poczyniło samodzielne założenia, które nie wynikały z treści SIWZ i w ten sposób uzasadnia kalkulację ceny oferty. Wskazując w tym miejscu przykładowo - odnosząc się do wyjaśnień Konsorcjum INKARDO (w tym miejscu odwołanie zawiera skan drugiej strony wyjaśnień z 11.07.2019 r.). Konsorcjum INKARDO wskazuje, że posiada własną wytwórnię mas bitumicznych i kadrę, co pozwoli obniżyć koszty, tym niemniej ww. wykonawca nie wskazuje jakichkolwiek szczegółów wpływu ww. okoliczności na możliwość obniżenia ceny i jaki wpływ miałyby te okoliczności. Wskazał na wyrok KIO z 08.01.2018 r. sygn. akt: KIO 2703/17. Równoległe przywołał wyrok z 11.07.2016 r. sygn. akt: KIO 1020/16. Zupełnie dobitnie na obowiązek wykazania wpływu okoliczności na wysokość obniżenia ceny wskazał za orzeczeniem KIO z 11.02.2016 r., sygn. akt: KIO 121/16. W konsekwencji pominięcia ww. obowiązków w zakresie szczegółowości opisu okoliczności pozwalających obniżyć cenę Konsorcjum INKARDO, jak również pominięcia obowiązku wykazania ich konkretnego wpływu na możliwość obniżenia ceny, poprzez wykazanie szczegółowych niewątpliwych kalkulacji wszystkich elementów cenotwórczych, prowadzi do jedynego wniosku, powodującego konieczność stwierdzenia przez Zamawiającego braku obalenia domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie Konsorcjum INKARDO. Jednocześnie Konsorcjum INKARDO jak zaznaczył czyni samodzielne założenia jak np. odzysk kruszywa z podbudowy, które pozostawiają wątpliwości co do ich zasadności, albowiem nie wynikają z treści SIWZ i są przyjęte na podstawie oderwanych od treści SIWZ okolicznościach. Konsorcjum INKARDO nie może mieć pewności (nie zakłada tego bowiem treść SIWZ), że istniejące kruszywo spełni wymogi do zagęszczenia gruntu. Wielką niewiadomą jest skąd Konsorcjum INKARDO ma pewność że około 30 % uda się odzyskać i skąd pewność, że Inspektor nadzoru bądź Zamawiający to dopuści. Powyższe jednocześnie jest dowodem na poczynienie założeń

realizacji przedmiotowego zadania, które nie jest zgodne z treścią SIWZ - SIWZ bowiem takich założeń nie czyni. Powyższe wskazuje na konieczność stwierdzenia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. (w tym miejscu odwołanie zawiera skan trzeciej strony wyjaśnień z 11.07.2019 r.). Wziął również pod uwagę, że koszty utylizacji odpadów są liczone wg. stawek urzędowych. Konsorcjum INKARDO założyło na podstawie tylko 7 szt. badań, że piasek jest możliwy do odzyskania - tym niemniej są to badania punktowe, nie ma informacji o obszarze. Mając na uwadze powyższe, stwierdził, że to ceny zawarte w konkurencyjnych ofertach odzwierciedlają rzeczywisty poziom cen rynkowych dla tego zamówienia. Są one bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, z uwzględnieniem tych samych wymagań Zamawiającego opisanych w SIWZ, wobec czego na kalkulacje dokonywane przez wykonawców mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku (tak: w wyroku z 29.07.2011 r., sygn. akt: KIO/UZP 1517/11). Podobne stanowisko KIO zawarła również w wyroku z 11.07.2014 r, sygn. akt: KIO 1272/14, gdzie wskazano, że ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąca niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia, Różnice w cenach pomiędzy ofertą Konsorcjum INKARDO a pozostałymi ofertami złożonymi w Postępowaniu nie są efektem konkurencji na rynku i konsekwencją indywidualnych możliwości poszczególnych wykonawców w zakresie optymalizacji kosztowej wykonania określonych zamówień w określonym czasie, w tym możliwości nabycia urządzeń po korzystnych cenach, co będzie uargumentowane i poparte stosownymi dowodami złożonymi podczas rozprawy. Analiza wyjaśnień Konsorcjum INKARDO, w ocenie Odwołującego, wskazuje jednoznacznie, że wyjaśnienia te są nierzetelne, ogólne, lakoniczne i wybiórcze/niekompleksowe. Analiza wyjaśnień pokazuje, że Konsorcjum INKARDO nie uwzględniło wszystkich kosztów realizacji zamówienia, w tym podało jedynie wybiórczo pozycje kosztotwórcze. W wyjaśnieniach nie podano wartości wszystkich kosztów składających się na ofertę. Wykonawca składający wyjaśnienia powinien wykazać, że on jest zdolny do wykonania zamówienia za określoną kwotę i powinien pokazać sposób, w jaki tę kwotę uzyskał. Sam Zamawiający miał wątpliwości - co prawda ponowił wezwanie w jednym określonym zakresie, tym niemniej pozostaje szereg wątpliwości co do pozostałych skalkulowanych kosztów. Analiza wyjaśnień Konsorcjum INKARDO nie daje jakiegokolwiek odpowiedzi w zakresie uwzględnienia przez Konsorcjum INKARDO przykładowo kosztów, na które jednoznacznie wskazuje się w SIWZ - pkt 3 ppkt 2) SIWZ. Jak już wskazano, w żaden sposób nie wykazano, w jaki sposób czynniki rzekomo przemawiające za uzyskaniem niższej ceny, na które powołuje się Konsorcjum INKARDO miały wpływ na obniżenie ceny. Wskazał wyrok KIO z 19.05.2016 r., sygn. akt: KIO 731/16: „*Samo rozbitcie ceny końcowej na poszczególne składniki nie obrazuje sposobu obliczenia ceny - należałoby wskazać podstawy wyliczenia kosztów składowych*”. Wyjaśnienia Konsorcjum INKARDO takiego

rozbicia nie zawierają, wręcz zawierają jedynie wybrane i przykładowe pozycje. Przynoczył tezę z wyroku KIO z 06.06.2016 r., sygn. akt: KIO 800/16: *„Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, klów 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 kadry, korzystnym potencjale jego bazy czy siedziby, 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 a 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 uchwytnie i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.”* Wyżej wskazanych walorów również nie sposób przypisać wyjaśnieniom Konsorcjum INKARDO. Przykładowe, acz szczególne znaczenie w zakresie zasadności zarzutu rażąco niskiej ceny i braku przedstawienia stosownych szczegółowych wyjaśnień jest wskazanie przyjętej przez Konsorcjum INKARDO stawki 10 zł za robocizną bez uzasadnienia obniżenia takiej stawki poniżej minimalnych kosztów pracy przyjmowanych na podstawie obowiązujących przepisów prawa. (w tym miejscu odwołanie zawiera skan zestawienia robocizny załączonego do wyjaśnień z 11.07.2019 r.). W konsekwencji powyższych uchybień należało stwierdzić, iż Konsorcjum INKARDO nie przedstawiło wiarygodnych i rzetelnych wyjaśnień, które obaliłyby domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny. W tym względzie wskazując na marginesie jako zupełnie niedorzeczny należy ocenić argument i okoliczność wpływającą na obniżenie ceny jaką jest podane przez Konsorcjum INKARDO *„brak lub znikome występowanie ogłoszeń o zamówieniach publicznych”*, co ma się poprawić w ocenie Konsorcjum INKARDO dopiero po pierwszym kwartale roku przyszłego. Przedstawione wyjaśnienia zawierają wybiórcze kalkulacje oparte o własne założenia, z pominięciem wiarygodnych dowodów, które wskazywałyby na zasadność przedstawionych kalkulacji. Równolegle przyjęte samodzielnie przez Konsorcjum INKARDO założenia nie wynikają z treści SIWZ, a zatem są z nimi sprzeczne, co stanowi potwierdzenie, iż treść oferty Konsorcjum INKARDO nie odpowiada treści SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp (względnie art. 22a ust. 2), poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie wezwania Konsorcjum INKARDO do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów (Wykazu osób), pomimo, że ww. wykonawca pomimo wymogów SIWZ nie wskazał jednoznacznej podstawy dysponowania osobami w zakresie potrzeby określenia, czy jest to dysponowanie pośrednie czy bezpośrednie.

W świetle brzmienia art. 22a ust. 2 Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W kontekście wypełnionego przez Konsorcjum INKARDO wykazu osób, nie zostało precyzyjnie wskazane czy dysponowanie wskazanymi osobami jest bezpośrednie czy pośrednie (przez inne podmioty), a z punktu widzenia wymagań przepisów Pzp oraz wpływu na sposób realizacji przedmiotu zamówienia gdyby rzeczywiste dysponowanie tymi osobami miało charakter pośredni to pociąga za sobą szereg konsekwencji. Zamawiający w tym zakresie zaniechał wyjaśnień oraz uzupełnienia informacji, która ma kluczowe znaczenie dla dalszego toku postępowania i możliwości prawidłowej oceny oferty Konsorcjum INKARDO. Należy wskazać, że ww. wątpliwości Odwołującego nie są pozbawione podstaw czy zasadności. Wskazana podstawa dysponowania - umowa współpracy jest charakterystyczna i właściwa dla stosunku pośredniego (w przypadku gdy udostępniona osoba jest udostępniana przez podmiot trzeci), albowiem z zasady stosunek bezpośredni z osobą fizyczną nawiązywany jest na podstawie umowy o pracę, umowy o dzieło lub zlecenia. Powyższe domniemanie Odwołującego potwierdza istniejące orzecznictwo KIO. Wskazał na wyrok KIO z 01.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1170/10. Dodatkowym potwierdzeniem racji powyższego wyводу byłyby również okoliczności, iż doświadczenie wykazywane dla poszczególnych osób wskazanych przez Konsorcjum INKARDO w wykazie osób zostało zdobyte w ramach stosunku prawnego z podmiotem trzecim w ramach, które przedstawione osoby zdobyły doświadczenie, które obecnie jest udostępniane dla Konsorcjum INKARDO. W świetle powyższych okoliczności wyjaśnienie sposobu polegania na potencjale wskazanych w wykazie osób i względnie wezwanie w tym zakresie ma istotne znaczenie z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego, w tym oceny wykazu osób Konsorcjum INKARDO.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Ustawą Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKARDO, względnie zaniechanie wyjaśnień w tym zakresie (naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp), pomimo że ww. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem jego zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, na co wskazuje niewystarczająca zdolność ekonomiczna i finansowa Konsorcjum INKARDO. W ocenie Odwołującego publiczne dostępne dokumenty finansowe Konsorcjum INKARDO obrazują, iż wykonawca wykazuje straty z tytułu bieżących lat obrotowych, co w ocenie Odwołującego powinno skłaniać Zamawiającego do podjęcia obowiązku wezwania do złożenia wyjaśnień czy zaangażowanie Konsorcjum INKARDO

w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, na co wskazuje niewystarczająca zdolność ekonomiczna i finansowa Konsorcjum INKARDO, względnie z tytułu jakich okoliczności wykazywane w dokumentach finansowych wykonawcy straty powstały. Ustalenie powyższych informacji jest niezmiernie istotne, albowiem może wpływać na możliwość rzeczywistej oceny potencjału wykonawcy i rzutować na ocenę możliwości negatywnego wpływu na realizację zamówienia, w szczególności z punktu widzenia postawionych przez Zamawiającego w treści SIWZ wymogów dotyczących potencjału ekonomicznego i finansowego jak również dysponowania odpowiednim potencjałem osobowym. Konieczność realnego dysponowania w danym postępowaniu zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, wyrażonymi w treści warunków udziału opracowanych na użytek konkretnego postępowania dotyczy nie tylko tych zasobów, które udostępnione zostały przez podmioty trzecie, ale także tych, które są w dyspozycji wykonawcy. W wyroku KIO z 26.02.2013 r., sygn. akt: KIO 297/13, KIO podkreśliła, że warunki udziału w postępowaniu są stawiane przez zamawiającego i wykazywane przez wykonawcę nie w celu dopełnienia sfery formalnej, bez związku z danym postępowaniem, ale w celu zapewnienia, że wykonawca posiada pewne niezbędne, reprezentatywne dla wykonania zamówienia walory, które uprawdopodobniają poprawną i niezakłóconą realizację zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu, w świetle brzmienia przywołanych przepisów nie stanowią jedynie ogólnej, niezwiązanej z danym zamówieniem charakterystyki wykonawcy, jego opisu, ale mają służyć do wykonania zamówienia, są związane ze sferą jego realizacji. Tak jak zasób w postaci własnego doświadczenia wykonawcy nie będzie doznawał ograniczenia na skutek realizacji różnych przedsięwzięć, tak zasoby techniczne, czy też osobowe nie będą mogły zostać wcale, bądź jedynie w ograniczonym zakresie, użyte równolegle w dwóch lub więcej przedsięwzięciach. Zakłócenie możliwości wykorzystania wskazanego potencjału Konsorcjum INKARDO może mieć miejsce z tytułu wykazanych w dokumentach finansowych strat, co może być wynikiem zaangażowania w inne przedsięwzięcia przez Konsorcjum INKARDO, co nie zostało wyjaśnione przez Zamawiającego w toku procedury badania oferty ww. podmiotu. Celem udowodnienia powyższych okoliczności Odwołujący podczas rozprawy przedstawi dowody świadczące o powstałej stracie po stronie Konsorcjum INKARDO.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp oraz niezgodne z opisem kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, zaniechanie przyznania Odwołującemu 20 pkt za doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, pomimo, że Odwołujący wykazał co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego dla wskazanego kierownika budowy; W świetle postanowień SIWZ - pkt 23 pkt 3 ppkt 2 Zamawiający określił kryterium „*Doświadczenie osób skierowanych do realizacji*

zamówienia, gdzie ocenie miarę podlegać doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez wykonawcę. W ramach ww. wymogu Zamawiający określił, że wskazana osoba musi posiadać kwalifikacje m.in. „łącznie co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego jako Inspektor nadzoru lub Kierownik budowy lub Kierownik robót z zakresu robót instalacyjnych sanitarnych”. Zamawiający ww. wymogu nie sprecyzował i nie dookreślił. W szczególności Zamawiający nie ograniczył możliwości wykazania robót realizowanych równolegle, a tym samym nie ograniczył możliwości zdobywania doświadczenia na podstawie robót realizowanych w nakładającym się czasie ich realizowania. Z punktu widzenia możliwości otrzymania dodatkowych 20 pkt istotne było posiadanie 3 letniego doświadczenia dla wskazanej osoby kierownika robót oraz wykazanie 3 zakończonych inwestycji obejmujących budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - ciśnieniowej o długości min. 2 km każda. W konsekwencji skoro Zamawiający nie ograniczył możliwości kumulowania doświadczenia realizowanego równolegle to tym samym niezrozumiałe i bezpodstawne jest nieprzyznanie Odwołującemu 20 pkt na podstawie wykazanych realizowanych równolegle inwestycji. Mając na względzie, iż obecnie na tle braku przyznania dodatkowych punktów powstała wątpliwość co do interpretacji tego zapisu SIWZ, konieczne jest przytoczenie argumentacji adekwatnej dla sytuacji różnorodnej możliwości interpretacji zapisów SIWZ. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia zapisów SIWZ, aby wszelkie wątpliwości rozstrzygać na korzyść wykonawców, ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu. W tym względzie przywołał wyrok KIO z 11.08.2014 r., sygn. akt: KIO 1557/14 oraz wyroku KIO z 07.10.2013 r., sygn. akt: KIO 2260/13 i SO w Gdańsku w wyroku z 10.07.2015 r., sygn. akt: I C 2/15. Tym samym skoro możliwe jest przyjęcie interpretacji pozwalającej na przedstawienie doświadczenia zdobytego równolegle i w łącznym wymiarze na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, to niedopuszczalne byłoby przyjęcie jak stwierdził Zamawiający podczas oceny ofert, iż „Zamawiający wziął pod uwagę pełne miesiące w okresach nie nakładających się wzajemnie (biegnących równolegle)” - fragment z uzasadnienia oceny ofert dokonanej przez członków komisji przetargowej. Powyższe jednakowoż stoi w sprzeczności z uprzednio ustaloną treścią SIWZ tego rodzaju zastrzeżenia nie zostały wyartykułowane w treści SIWZ, a zatem nie mogą być na obecnym etapie dointerpretowane, skoro możliwa jest również odmienna interpretacji zapisów SIWZ, jak przedstawił ją Odwołujący. Znamienna z punktu widzenia możliwości odmiennej, aniżeli zaprezentował Zamawiający podczas oceny ofert, interpretacji zapisów SIWZ jest okoliczność, że bez mała wszyscy wykonawcy zrozumieli ww. postanowienia tak jak przyjął Odwołujący. W tym względzie Zamawiający dopuścił się nieprawidłowości w zakresie oceny ofert z punktu widzenia możliwości przyznania Odwołującemu dodatkowych 20 pkt. W konsekwencji, w zaistniałym stanie faktycznym

i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Pzp, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

Zamawiający w dniu 20.08.2019 r. wezwał (za pomocą Platformy ePUAP i e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 21.08.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) M. K. Instalatorstwo C. O. WOD - KAN i Gazowe Boników zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 21.08.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum INKADRO zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 30.08.2019 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Odnosnie pierwszego zarzut. W przedmiotowym postępowaniu ziściły się ustawowe przesłanki nakazujące Zamawiającemu badanie oferty Konsorcjum INKARDO pod kątem rażąco niskiej ceny. Zamawiający dwukrotnie wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Konsorcjum INKARDO złożyło obszernie wyjaśnienia poparte dowodami, które Zamawiający uznał za wystarczające aby uznać ofertę wykonawcy za ocenioną jako najkorzystniejszą. W ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 90 ust. 1-3 Pzp należy uznać za nieuzasadniony i niezastępujący na uwzględnienie. Odnosnie drugiego zarzutu. W ocenie Zamawiającego o kwalifikacji dysponowania osobami skazanymi w wykazie osób decydują wszystkie dokumenty złożone w postępowaniu przez wykonawcę, które należy czytać łącznie. W przedmiotowym postępowaniu jest to oferta oraz pozostałe dokumenty złożone na wezwanie zamawiającego. Z treści złożonej oferty wynika, że Konsorcjum INKARDO w zakresie dysponowania osobami, które skierowane zostaną do realizacji zamówienia nie będzie korzystało z potencjału podmiotu trzeciego - wykonawca nie złożył wraz z ofertą zobowiązania w tym zakresie. W związku z powyższym, w ocenie Zamawiającego,

wskazana forma „umowa współpracy” wskazuje na dysponowanie bezpośrednio. Złożony na wezwanie zamawiającego wykaz osób jest kompletny oraz zawiera wszystkie wymagane przepisami Pzp elementy umożliwiające dokonanie przez zamawiającego jego oceny. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp należy uznać za nieuzasadniony i niezastługujący na uwzględnienie. Odnosnie trzeciego zarzutu. Odwołujący podnosząc zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 Pzp posługuje się enigmatycznym pojęciem „publiczne dostępne dokumenty finansowe”. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum INKARDO wykazało spełnienie wymaganych w postępowaniu warunków udziału w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej. Ponadto Zamawiający dodatkowo zbadał informację wzmiankę ujawnioną w odpisie KRS Partnera konsorcjum, tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO - INŻYNIERIA” Sp. z o.o., w sprawie prowadzonego postępowania sanacyjnego. Wykonawca złożył wyjaśnienia oraz dokumenty potwierdzające, że zatwierdzony układ nie przewiduje likwidacji majątku. Ponadto podkreślił, że wykonawcy wchodzący w skład Konsorcjum INKARDO są wykonawcami działającymi na dość wąskim lokalnym rynku. Zamawiający na bieżąco śledzi informacje pojawiające się w mediach, internecie oraz kontaktuje się z innymi Zamawiającymi. Biorąc pod uwagę powyższe nie są Zamawiającemu znane żadne informacje świadczące o tym, że Konsorcjum INKARDO znajduje się w sytuacji finansowej zagrażającej wykonaniu zamówienia Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przykanalikami i przepompowniami w m. Szklarka Mielęcka i Borek Mielęcki gm. Kępno. Odwołujący na potwierdzenie swoich zarzutów nie przedstawił Zamawiającemu żadnych dowodów do dnia wniesienia odwołania. Jednocześnie treść odwołania wskazuje, że takimi dowodami dysponuje - twierdzi, że podczas rozprawy przedstawi „dowody świadczące o powstałej stracie po stronie Konsorcjum INKARDO”. Działanie takie w ocenie zamawiającego uznać należy za naganne, a w szczególności naruszające zasadę uczciwej konkurencji. W związku z powyższym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 Pzp należy uznać za nieuzasadniony i niezastługujący na uwzględnienie. Odnosnie czwartego zarzutu. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił jako jedno z kryteriów doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia o wadze 20%. Zgodnie z SIWZ: „za kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” - punkty będą przyznane w następujący sposób:

- za 1 wykazaną zakończoną i odebraną inwestycję obejmującą budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-ciśnieniowej o łącznej długości min. 2 km - 0 pkt;
- za 2 wykazane zakończone i odebrane inwestycje obejmujące budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-ciśnieniowej o łącznej długości min. 2 km każda - 10 pkt;
- za 3 i wykazane zakończone i odebrane inwestycje obejmujące budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno-ciśnieniowej o łącznej długości min. 2 km każda - 20 pkt

a) W kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (D) oceniane będzie doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu oferty przewidzianej na stanowisko Kierownika budowy, spełniającej warunek udziału w postępowaniu, tj. uprawnionej do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Niniejsza osoba musi posiadać następującą kwalifikację:

łącznie co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego jako Inspektor nadzoru lub Kierownik budowy lub Kierownik robót z zakresu robót instalacyjnych sanitarnych.

doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót instalacyjnych sanitarnych przy realizacji: minimum 1 zakończonej i odebranej inwestycji obejmującej budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę kanalizacji sanitarnej grawitacyjno ciśnieniowej o długości nie mniejszej niż 1000m. oraz minimum 1 zakończonej i odebranej inwestycji obejmujące budowę sieci wodociągowej o długości min. 2 km ważne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - bez ograniczeń, wydanych na podstawie ustawy z dnia 07 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm.) lub równoważne odpowiadające im uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a które uprawniają do pełnienia funkcji Kierownika budowy w zakresie budowy sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych,

Wykonawca w celu wykazania spełniania w/w warunku może wskazać osoby będące obywatelem państwa członkowskiego UE, która nabyła kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznaczne wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej - zgodnie z właściwymi przepisami, w szczególności z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (dz. U. z 2018 r. poz. 2272 j.t.) oraz ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 1725 ze zm.).

b) Przy ocenie wg tego kryterium Zamawiający będzie brał pod uwagę informacje wpisane do odpowiednich pozycji Formularza oferty.

c) W przypadku niekompletnych informacji w zakresie wymaganego doświadczenia, uniemożliwiających jednoznaczną ocenę, czy opisane doświadczenie Kierownika budowy spełnia wszystkie opisane wyżej wymagania, Wykonawca otrzyma 0 punktów.”

Ponadto w formularzu ofertowym Zamawiający zawarł tabelę umożliwiającą wpisanie żądanych przez niego danych niezbędnych do przyznania punktów w kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Zamawiający w wyniku sprawdzenia ofert przyznał poszczególnym wykonawcom punkty w w/w kryterium w następujący sposób:

Numer oferty	Nazwa (firma) i adres wykonawcy	Doświadczenie osób skierowanych do realizacji
1.	Przedsiębiorstwo Inżynierii Wodnej i Ochrony Środowiska Sp. z o.o. ul. Południowa 1, 56-400 Oleśnica	0 pkt (brak w sumie wykazanych 3 lat doświadczenia — 20 miesięcy)
2.	Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” sp. z o. o. ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica	0 Pkt (brak w sumie wykazanych 3 lat doświadczenia — 32 miesiące)
3.	ETP S. A., ul. Siemianowicka 54, 40-301 Katowice	20 pkt
4.	Konsorcjum: 1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe „INKADRO” Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum ul. Poznańska 74, 63-400 Ostrów Wlkp 2. Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii SEKO - INZYNIERIA” sp. z o.o. - Partner konsorcjum ul. Bema 186, 63-400 Ostrów Wlk .	0 pkt (brak w sumie wykazanych 3 lat doświadczenia - 32 miesiące)
5.	ELEKTROMEX sp. z o. o. ul. Broniewskiego 16, 63-600 Kępno	20 pkt
6.	M. K. Instalatorstwo CO, WOD-KAN i Gazowe ul. Szkolna 1, Boników, 63-430 Odolanów	0 pkt (brak wskazania zakresu uprawnień)

Przyznając punkty za kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia zamawiający kierował się zapisami zawartymi w SIWZ w tym zakresie, tzn. przyznał punkty za spełnienie wszystkich wymogów przez siebie postawionych. Odwołujący uzyskał w w/w kryterium 0 pkt, ze względu na niewykazanie łącznie co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego jako Inspektor nadzoru lub Kierownik budowy lub Kierownik robót z zakresu robót instalacyjnych sanitarnych dla kierownika budowy przez siebie wskazanego. Odwołujący podnosił, że Zamawiający w trakcie badania ofert dointerpretował sam treść SIWZ w zakresie kryterium, co jest nieprawdą. Komisja przetargowa przyznając punkty za kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia nie miała wątpliwości, że pojęcie „*łącznie posiadanie doświadczenia*” wymaga wykazania przez wykonawców

wykazanie się doświadczeniem nie nakładających się okresów. Ponadto zgodnie z przyjętym orzecznictwem KIO komisja przyznawała punkty za pełne miesiące wskazanego doświadczenia — pomimo, że w ofertach wykonawcy nie podawali dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia wskazanych zadań. W taki sposób postąpił sam Odwołujący wskazując w dwóch zadaniach terminy podane w miesiącach: (od — do) „maj 2017r. - sierpień 2018” oraz „wrzesień 2017r. - sierpień 2018r.”, w jednym z zadań Odwołujący wskazał jednakienne daty „28.08.2017r. - 14.01.2019r.”, tym samym wykazał tylko 20 miesięcy doświadczenia kierownika robót instalacyjnych. Niezrozumiałe jest w ocenie zamawiającego, że Odwołujący próbuje przekonać Zamawiającego, iż w sumie 3 lata doświadczenia można zdobyć w ciągu 20 miesięcy. Odwołujący przedstawił własną wykładnię oraz własną interpretację w zakresie obliczania punktów w kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, która jest dla niego wygodna i próbuje tłumaczyć popełnione przez siebie błędy oraz niedbałość na etapie składania ofert. Zamawiający domniemywa, że Odwołujący niedokładnie przeczytał zapisy SIWZ w zakresie wymogów postawionych dla Kierownika budowy i to spowodowało niewykazanie wymaganego w SIWZ doświadczenia. Zamawiający skonstruował zapisy SIWZ w zakresie wymogów dla kierownika budowy w sposób logiczny i rozumiały - jednocześnie przyznaje, że ze względu na znaczenie tej funkcji dla całości realizowanego kontraktu jest ona kluczowa. Dlatego też wymogi zostały postawione wysoko, aby zapewnić obsługę zamówienia na roboty przez doświadczony oraz kompetentny personel. Przyjmując interpretację Odwołującego można by było dojść do wniosku, że wystarczy 1 rok doświadczenia aby wykazać 3 lata doświadczenia - pełniąc funkcje na 3 inwestycjach w ciągu jednego roku, co wydaje się być bezcelowe i nielogiczne. Odwołujący zażądał przyznania mu 20 pkt za doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Odwołujący twierdzi, że wykazał co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego dla wskazanego kierownika budowy. Uwzględnienie wniosków Odwołującego spowodowałoby „wypaczenie” punktacji w kryterium doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Powyższe stanowisko Zamawiającego poparte jest jednolitą linią orzecniczą KIO oraz sądów. Wskazał na wyrok WSA w W-wie z 30.11.2017r., sygn. akt: V SA/Wa 3208/16, jak i wyrok KIO o sygn. akt: KIO 968/15. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Zamawiający dochował należytej staranności przy wykonywaniu czynności związanych z prowadzonym postępowaniem, w szczególności przeprowadził je z poszanowaniem art. 7 ust. 1 Pzp w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystość.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz

Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Oferta Odwołującego uplasował się na piątej pozycji w rankingu złożonych ofert na sześć sklasyfikowanych ofert (dowody - zawiadomienie z 08.08.2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej z rankingiem punktacji oraz uzasadnienie oceny oferty wykonawcy w kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” dla oferty Odwołującego nr 1). W wypadku skutecznego wyeliminowania oferty uznanej za najkorzystniejsza z uwagi na zaoferowaną cenę Odwołujący miałby szanse na uzyskanie zamówienia. W razie jedynie przyznania dodatkowych 20 pkt. Odwołujący uplasowałby się na drugiej pozycji (zgodnie z jego oświadczeniem złożonym na rozprawie, a nie zanegowanym przez Zamawiającego.).

W zakresie wniosku Odwołującego, co do skuteczności przystąpienia po stronie Zamawiającego z racji tego, że przystąpienia otrzymał jedynie Prezes Zarządu Odwołującego, a nie pełnomocnik ustanowiony w sprawie. Izba wniosek oddaliła, gdyż kopia przystąpienia została przekazana Odwołującemu czyli stronie, choć nie jego pełnomocnikowi. W tym zakresie nie ma szczegółowych uregulowań w ustawie ani rozporządzeniu. Z tej przyczyn brak jest podstaw do negowania skuteczności przystąpienia.

W zakresie wniosku Przystępujący po stronie Zamawiającego, co do skuteczności przystąpienia po stronie Odwołującego z racji tego, że nie otrzymał kopii przystąpienia. Izba wniosek oddaliła, gdyż przekazano kopie przystąpienia stronom tak, jak stanowi art. 185 ust. 2 Pzp.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego na płycie CD.

Szczególnie istotne z punktu widzenia zarzutu pierwszego są dowody z dokumentacji postępowania takie jak: I wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp z 07.09.2019 r., I wyjaśnienia z 11.09.2019 r. wraz z załączonymi dowodami:

1. Kserokopia str. 12 i 13 z Biuletynu Cenowego Budownictwa przedstawiające kosztorysowe stawki robocizny i wskaźniki narzutów dla robót inżynierskich w województwach.
2. Tabela narzutów.

3. Karty otworów geologicznych - 7 szt.
4. Postanowienie Marszałka Województwa Wielkopolskiego DSR.1V.7423.105.2011 z 29.12.2011 r.
5. Pozycje kosztorysu - zabezpieczenie wykopów.
6. Decyzja AS.6230.2.2012 Starosty Wieruszowskiego z 22.03.2012 r.
7. Zestawienie robocizny.
8. Referencje PBI „Eko-Inżynieria” Sp. z o.o. 2 szt.
9. Referencje PPHU „INKADRO” sp. z o.o. 2 szt.

Dodatkowo dowodami w sprawie jest uzupełnienie z 12.07.2019 r. I wyjaśnień wraz z załączonymi dowodami:

1. Zestawieniem materiałów z KST (75 pozycji);
2. Oferta cenowa rury oraz przepompownie (3 szt. /oferta Pipelife Polska SA. z 25.06.2019 r., oferta GAWIX z 27.06.2019 r., oferta Hydro- Marko Sp. z o.o. Sp. K. z 01.07.2019 r./).

Podobnie dowodami są II wezwanie z 18.07.2019 r., II wyjaśnienia z 19.07.2019 r. wraz z załączonymi dowodami:

1. Oferta handlowa ZPHU Rembet Sp. z o.o.;
2. Wyciąg z już przesłanego zestawienia materiałów z KST;
3. Wyciąg z ICCP Sekocenbud — cen jednostkowych kręgów.

Nie mniej istotne są dowody z dokumentacji w zakresie pozostałych zarzutów, ale także zarzutu pierwszego takie jak:

- Formularz ofertowy Przystępującego po stronie Zamawiającego, Zał. nr 1 A (FIDIC), Wyceniony przedmiar robót, JEDZ-e obu członków konsorcjum, oświadczenia o nie zaleganiu w opłatach i podatkach lokalnych złożone przez obu członków konsorcjum; wezwania z 23.07.2019 r. w trybie art. 26 ust.1 Pzp, dokumentów przedłożonych na w/w wezwanie: 1. Zaświadczenie banku o zdolności kredytowej P.P.H.U. INKADRO Sp. z o.o.; 2. Zaświadczenie banku o środkach finansowych P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.; 3. Wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z referencjami P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.; 4. Wykaz osób skierowanych do realizacji zadania P.P.H.U. INKADRO Sp. z o.o.; 5. Informacje o podmiocie zbiorowym oraz informacje o osobach tworzących zarząd P.P.H.U. INKADRO Sp. z o.o.; 6. Informacje o podmiocie zbiorowym oraz informacje o osobach tworzących zarząd P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.; 7. Zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach P.P.H.U. INKADRO Sp. z o.o.; 8. Zaświadczenie Naczelnika Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.; 9. Zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek P.P.H.U. INKADRO Sp. z o.o.; 10. Zaświadczenie ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.; 11. Oświadczenie o niezaleganiu z opłaceniem

podatków i opłat lokalnych P.P.H.U. INKADRO Sp. z o.o.; 12. Oświadczenie o niezaleganiu z opłaceniem podatków i opłat lokalnych P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.; 13. Wyjaśnienia w sprawie postępowania sanacyjnego i postanowienia sądu - P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.

- Wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 02.08.2019 r., uzupełnienia z 07.08.2019 r. wykazu osób.

Oдноśnie złożonego przez Odwołującego na rozprawie stanowisko geologa w piśmie z 02.09.2019 r. będącego opinią prywatną. Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 22.01. 2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). Izba uznała niniejszą opinie za stanowiskiem strony w sprawie, czyli Odwołującego, stanowi ona jedynie dowód tego, że osoba, czy też osoby, która (e) ją podpisała (y) wyraziła zawarty w niej pogląd.

Dodatkowo Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożony przez Odwołującego na rozprawie:

- 1) Kopie wyciągu polskiej normy PN-EN 1997-2;
- 2) Kopię opinię geotechniczną z sierpnia 2015 r. (będące elementem dokumentacji przetargowej, co potwierdził na rozprawie Zamawiający);
- 3) Kopię rachunku zysku i strat za 2017 r. P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o.;
- 4) Kopię sprawozdania z działalności zarządu P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. za 2017 r.;
- 5) Kopię dodatkowych informacji i objaśnień Cz. II - P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. za 2017 r.
- 6) Kopię bilansu P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. za 2017 r.;
- 7) Kopię sprawozdania z działalności zarządu P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. za 2018 r.;
- 8) Kopię uchwały nr 6 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. z 30.06.2018 r.;
- 9) Kopię dodatkowych informacji i objaśnień Cz. II - P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. za 2018 r.
- 10) Kopię uchwały nr 5 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. z 29.06.2019 r.;
- 11) Kopię uchwały nr 6 Zwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki P.B.I. EKO-INŻYNIERIA Sp. z o.o. z 29.06.2019 r.;
- 12) wydruk ze strony internetowej w zakresie systemu dwuwarstwowych rur HERKULES (www.pipelife.com/pl/Produkty/wodociagi/hercules.php);
- 13) wyciąg ze specyfikacji postępowania o numerze ZP.271.9.2019.

Dodatkowo Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożony przez Przystępującego po stronie Odwołującego wraz z pismem procesowym na posiedzeniu:

- 1) Kopię informacji z otwarcia ofert ZP.271.15.2018;
- 2) Kopię informacji z otwarcia ofert ZP.271.5.2019;
- 3) Kopię informacji z otwarcia ofert ZP.271.7.2019;
- 4) Kopię informacji z otwarcia ofert ZP.271.25.2018;
- 5) Kopię oferty handlowej E. K. z 10.06.2019r.;
- 6) Kopię oferty handlowej K. C. z 25.06.2019 r.;
- 7) Kopię oferty handlowej Gawix sp. z o. o. z 02.09.2019 r.;
- 8) Kopię oferty handlowej Hydro-Marko sp. z o. o. sp. k. z 02.09.2019 r.;
- 9) Kopię oferty przetargowej Przystępującego (wyciąg w niezbędnym fragmencie);
- 10) Kopię zawiadomienia o wyborze oferty ZP.271.26.2018 z 23.01.2019 r.;
- 11) Kopię zawiadomienia o wyborze oferty ZP.271.26.2018 z 25.01.2019 r.;
- 12) Kopię zawiadomienia o wyborze oferty ZP.271.2.2018 z 21.02.2018 r.

Dodatkowo Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożony przez Przystępującego po stronie Zamawiającego wraz z pismem procesowym na posiedzeniu:

1. Kopię oferty rynkowej na kruszywo z 17.06.2019 r.,
2. Wyliczenie oszczędności na kluczowych pozycjach roboczych,
3. Zestawienie złożonych ofert dla obu konsorcjantów za lata 2017 - 2019 wraz z kopiami referencji oraz protokołów odbioru (łącznie 10 szt.),
4. Kopię umów współpracy (3 egzemplarze dla 3 osób),
5. Kopię Informacji z Banku (2 szt.),
6. Kopię zaświadczeń z ZUS-u i US dla obu konsorcjantów,
7. Kopie rachunków zysków i strat (2 szt.) oraz bilansów (2 szt.) dla obu konsorcjantów za 2018 r.
8. Kopię poświadczenia Wójta Gminy Łęka Opatowska z 22.08.2019 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także pisma złożone w sprawie, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy konsorcjum INKARDO, pomimo, że zawiera ona rażąco niską ocenę lub koszt w stosunku do przedmiotu

zamówienia oraz naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 90 ust. 1-3 Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum INKARDO pomimo, że na skutek wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny doszło do potwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

2. art. 26 ust. 3 Pzp (względnie art. 22a ust. 2), poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie wezwania Konsorcjum INKARDO do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów (Wykazu osób), pomimo, że ww. wykonawca pomimo wymogów SIWZ nie wskazał jednoznacznej podstawy dysponowania osobami w zakresie potrzeby określenia, czy jest to dysponowanie pośrednie czy bezpośrednie.

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22d ust. 2 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp zaniechanie wykluczenia Konsorcjum INKARDO, względnie zaniechanie wyjaśnień w tym zakresie (naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp), pomimo że ww. wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem jego zaangażowanie w inne przedsięwzięcia gospodarcze może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, na co wskazuje niewystarczająca zdolność ekonomiczna i finansowa Konsorcjum INKARDO.

4. art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 13 i art. 92 ust. 1 pkt 1 Pzp, poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z Pzp oraz niezgodne z opisem kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, zaniechanie przyznania Odwołującemu 20 pkt za doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia, pomimo, że Odwołujący wykazał co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego dla wskazanego kierownika budowy.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. W dalszej kolejności Izba przytacza postanowienia SIWZ. Zgodnie z Rozdz. 22 SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny: „1.Podana w ofercie cena musi być wyrażona w jednostkach pieniężnych (złoty polski). 2.Cena oferty musi uwzględniać wynagrodzenie Wykonawcy łącznie z podatkiem VAT za wykonanie przedmiotu zamówienia, określonego zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004r. o podatku od towarów i usług (tekst jednolity: Dz. U. z 2017r. poz. 1221 z późn. zm.). Prawidłowe ustalenie podatku VAT należy do obowiązku Wykonawcy. Cena powinna być wyliczona w następujący sposób: $cena\ (brutto) = wartość\ (netto) + stawka\ należnego\ podatku\ VAT$. 3.Wyceniony Przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty. Wykonawca musi uwzględnić w cenie obmiarowej wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania i ukończenia zamówienia

w tym wszystkie wydatki poboczne, wszelkie koszty stałe, zysk, koszty ogólne i podobnego rodzaju obciążenia, opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.

4. Ceną oferty, jest kwota ustalona na podstawie wyceny wszystkich pozycji w Przedmiarze robót, wymieniona w Formularzu Ofertowym z uwzględnieniem ewentualnych zmian wynikających z korekty omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny (pozycji podanych w wycenionym Przedmiarze robót).

5. Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.

6. Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację zamówienia, określone zostały w części II niniejszej SIWZ - wzór umowy (warunki kontraktu). Według Rozdz. 23 SIWZ Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert: „1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te Oferty, które nie zostaną odrzucone. 2. Zamawiający oceni Oferty, w oparciu o następujące kryteria oceny ofert: Cena (brutto) - waga 60%

Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia - waga 20%

Wydłużenie okresu gwarancji - waga 20%

3. Maksymalna ilość punktów, jaką może otrzymać oferta w wyżej wymienionych kryteriach oceny ofert wynosi 100 pkt.

Punkty będą przyznawane według następujących zasad:

1) za kryterium „Cena” (C), oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku ilość punktów wynikającą z działania:

2) za kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” — punkty będą przyznane w następujący sposób:

-za 1 wykazaną zakończoną i odebraną inwestycję obejmującą budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - ciśnieniowej o łącznej długości min. 2 km - 0 pkt;

-za 2 wykazane zakończone i odebrane inwestycje obejmujące budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - ciśnieniowej o łącznej długości min. 2 km każda - 10 pkt;

-za 3 i wykazane zakończone i odebrane inwestycje obejmujące budowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - ciśnieniowej o łącznej długości min. 2 km każda -20 pkt

- a) W kryterium „Doświadczenie osób skierowanych do realizacji zamówienia” (D) oceniane będzie doświadczenie zawodowe osoby wskazanej przez Wykonawcę w formularzu oferty

przewidzianej na stanowisko Kierownika budowy, spełniającej warunek udziału w postępowaniu, tj. uprawnionej do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Niniejsza osoba musi posiadać następujące kwalifikacje:

■ łącznie co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego jako Inspektor nadzoru lub Kierownik budowy lub Kierownik robót z zakresu robót instalacyjnych sanitarnych,

■ doświadczenie zawodowe na stanowisku inspektora nadzoru lub kierownika budowy lub kierownika robót instalacyjnych sanitarnych przy realizacji:

minimum 1 zakończonej i odebranej inwestycji obejmującej budowę i/lub przebudowę i/lub rozbudowę sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjno - ciśnieniowej o łącznej długości min. 2 km,

■ ważne uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych - bez ograniczeń, wydanych na podstawie ustawy z dnia 07 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (Dz. U. z 2018 r. poz. 1202 ze zm) lub równoważne odpowiadające im uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, a które uprawniają do pełnienia funkcji Kierownika budowy w zakresie budowy sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, Wykonawca w celu wykazania spełniania w/w warunku może wskazać osoby będące obywatelem państwa członkowskiego UE, która nabyła kwalifikacje zawodowe do wykonywania działalności w budownictwie, równoznaczne wykonywaniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej – zgodnie z właściwymi przepisami, w szczególności z ustawą z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (dz. U. z 2018 r. poz. 2272 j.t.) oraz ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2016 r. poz. 1725 ze zm.).

b) Przy ocenie wg tego kryterium Zamawiający będzie brał pod uwagę informacje wpisane do odpowiednich pozycji Formularza oferty.

c) W przypadku niekompletnych informacji w zakresie wymaganego doświadczenia, uniemożliwiających jednoznaczną ocenę, czy opisane doświadczenie Kierownika budowy spełnia wszystkie opisane wyżej wymagania, Wykonawca otrzyma 0 punktów.

3) za kryterium „Okres przedłużonej gwarancji” oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku ilość punktów wynikającą z działania:

a) Za wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji wynoszący 36 miesięcy, oferta otrzyma 0 punktów

b) Jeżeli zaoferowany okres przedłużonej gwarancji będzie dłuższy niż 24 miesiące, oferta otrzyma 20 punktów.

4. Łączna ocena punktowa oferty "i" będzie zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbą wynikającą z działania:

$P_i = P_i(C) + P_i(D) + P_i(G)$ gdzie:

P_i - ilość punktów jakie otrzyma oferta "i";

$P_i(C)$ - ilość punktów jakie otrzyma oferta "i" za kryterium „Cena” (nie więcej niż 60 pkt)

$P_i(D)$ - ilość punktów jakie otrzyma oferta "i" za kryterium „Organizacja i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia” (nie więcej niż 20 pkt)

$P_i(G)$ - ilość punktów jakie otrzyma oferta „i” za kryterium „Okres przedłużonej gwarancji” (nie więcej niż 20 pkt)

5. Za najkorzystniejszą zostanie uznana Oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny, doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz okresu przedłużonej gwarancji.

6. Jeżeli Zamawiający nie będzie mógł dokonać wyboru Oferty najkorzystniejszej z uwagi na to, że dwie lub więcej ofert przedstawia taki sam bilans ceny oraz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia i okresu przedłużonej gwarancji spośród tych ofert Zamawiający wybierze ofertę z niższą ceną.”.

Nie mniej istotna jest treść oferty, tj. formularza ofertowego Przystępującego po stronie Zamawiającego, jego Zał. nr 1 A (FIDIC), Wycenionego przedmiaru robót, JEDZ-ów obu członków konsorcjum, oświadczeń o nie zaleganiu w opłatach i podatkach lokalnych złożone przez obu członków konsorcjum, dokumentów Przystępującego po stronie Zamawiającego przedłożonych Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 1 Pzp oraz w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, I wezwania w trybie art. 90 ust.1 Pzp z 08.07.2019 r., I wyjaśnień z 11.07.2019 r. wraz z załącznikami, uzupełnienia I wyjaśnień w piśmie z 12.07.2019 r. wraz z załącznikami, II wezwania z 18.07.2019 r., oraz II wyjaśnień z 19.07.2019 r. wraz z załącznikami.

Do dalszych kwestii Izba odniesie się w dalszej części w ramach rozpatrywanych zarzutów. M.in. Izba odniosła się poniżej do dowodów i argumentacji przedstawionych przez Przystępującego po stronie Odwołującego, dowodów i argumentacji przedstawionych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego w ramach obu wyjaśnień oraz przy piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu, jak i argumentów oraz dowodów przedłożonych na rozprawie przez Odwołującego. Izba także przytoczyła obszernie fragmenty innych niż wskazane wcześniej postanowień SIWZ, a w szczególności Wzoru umowy, wstępu do przedmiarów, samych przedmiarów PR 00 oraz PR01.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, podlega w/w zarzut oddaleniu.

Względem zarzutu wskazującego, że treść oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego nie odpowiada treści SIWZ, jego chybiony charakter wynika z następujących okoliczności:

a) względem nie ujęcia kosztów wymaganych, a wskazanych w pkt 3 ppkt 2 SIWZ /W cenie oferty Wykonawca winien uwzględnić również niżej wymieniony zakres robót i czynności włączonych do realizacji w ramach umowy: a) zorganizowania zaplecza i placu budowy wraz z zabezpieczeniami wynikającymi z BHP i p.poż., b) koszty pełnej obsługi geodezyjnej w tym koszty wykonania geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej, c) koszty powołania oraz pełnienia nadzoru archeologicznego nad robotami budowlanymi, w celu wykonania niezbędnych prac archeologicznych dokumentacyjno-zabezpieczających, d) koszty utrzymania placu budowy w tym mediów, e) opracowanie i wprowadzenie (wykonanie i montaż) tymczasowej organizacji ruchu na czas realizacji robót budowlanych, oraz demontaż oznakowania po zakończeniu robót, a także uzyskanie niezbędnych zezwoleń na zajęcie pasa drogowego i uiszczenia wymaganych opłat z tego tytułu, f) przeprowadzenia wszelkich prób, sprawdzeń i odbiorów, przewidywanych warunkami technicznymi wykonania odbioru robót budowlano-montażowych i instalacyjnych oraz opisanych w SST, g) koordynacji i nadzoru technicznego (zatrudnienie Kierownika Budowy), h) wszystkie koszty w tym koszty nadzoru nad realizacją robót wynikające z uzgodnień branżowych, (w tym kolizji z gazociągami i sieciami teletechnicznymi), i) koszty związane z wywozem nadmiaru materiału z frezu (tzw. destrukt) oraz materiału z rozbiórki brukowca w miejsce wskazane przez Zamawiającego w odległości do 15 km, j) polisę ubezpieczeniową wszystkich ryzyk budowy (CAR/EAR) zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego w załączniku 1A do SIWZ, w Części II SIWZ - Wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz w Rozdziale 18 Ogólnych Warunków Kontraktu, k) fotograficzna dokumentacja prowadzonych robót zwłaszcza robót zanikających, l) wykonanie wszystkich czynności wymaganych przepisami prawa niezbędnych do uzyskania, pozwolenia na użytkowanie obiektu/, Izba zweryfikowała stanowisko Zamawiającego z rozprawy, potwierdzając że oferta odpowiada treści SIWZ. Oferta Przystępującego po stronie Zamawiającego zawiera te koszty w ramach dołączonego do oferty przedmiaru robót PR 00 tzw. „Wymagania ogólne” /1. Ubezpieczenia i gwarancje; 2. Kompletna Dokumentacja Powykonawcza; 3. Urządzenie, utrzymanie i likwidacja Zaplecza Budowy; 4. Zmiana organizacji ruchu na czas Robót wraz z projektem; 5. Nadzór archeologiczny – w każdej pozycji „ryczałt”/. W pięciu pozycjach, które odpowiadają tym elementom wskazanym w pkt 3

ppkt 2 SIWZ. Nadto, w ramach wstępu do przedmiarów – preambuła wyraźnie wskazuje się na konieczność uwzględnienia: „wszystkie czynności konieczne do całkowitego i poprawnego wykonania przedmiotowych robót”, czyli ryczałt w danej pozycji.

b) względem dokonanych samodzielnych założeń przez Przystępującego po stronie Zamawiającego w przyjętej wycenie, które nie wynikały z SIWZ. Nie można uznać, że w konsekwencji treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Skoro bowiem nie było wyraźnego zastrzeżenia zakazującego w postanowieniach SIWZ takiego założenia – brak jest podstaw do zarzucania treści oferty nie odpowiadania SIWZ, czyli formułowania takiego zarzutu z tego tytułu.

c) kwestionowanie, zaś będących elementem dokumentacji przetargowego - badań geologicznych, w takiej czy innej formie, jest na obecnym etapie spóźnione, jak i nie było zawarte w odwołaniu. Abstrahując od tego, że badania te nie zostały zakwestionowane i były wiążące dla wszystkich także dla Odwołującego.

Względem zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej, jego chybiony charakter wynika z następujących okoliczności:

Izba, w tym zakresie uznała, przedmiotowy zarzut za kluczowy w przedmiotowej sprawie. Analiza I wyjaśnień z 11.07.2019 r. (uzupełnionych 12.07.2019 r.) oraz II wyjaśnień z 18.07.2019 r., jak i załączonych dowodów, w kontekście stanowisk stron i uczestników oraz złożonych na rozprawie dowodów daje podstawę do uznania, że Przystępujący po stronie Zamawiającego w sposób dostateczny dla potrzeb przedmiotowego postępowania wykazał okoliczności, które pozwoliły mu zaoferować swoją cenę w przetargu i przedstawił stosowne dowody na tą okoliczność. W ocenie Izby przedstawił także, jakie oszczędności ma z tytułu takich, czy innych okoliczności.

W zakresie ponownego wykorzystania piasków (w kontekście ich doziarniania), tudzież własnej żwirowni. W ramach I wyjaśnień Przystępujący po stronie Zamawiającego dołączył postanowienie Marszałka Województwa Wielkopolskiego względem wykazanej żwirowni / Postanowienie Marszałka Województwa Wielkopolskiego DSR.1V.7423.105.2011 z 29.12.2011 r./ Izba podkreśla, że w swoim stanowisku pisemnym Przystępujący po stronie Odwołującego negował podana przez Przystępującego po stronie Zamawiającego stawkę ponad 130 zł netto/ za m³ (uznając ją za kwotę fikcyjną). Przedstawiony na rozprawie przez Przystępującego po stronie Zamawiającego z pismem kontrdowód (kopię oferty rynkowej na kruszywo z 17.06.2019 r.) względem dowodów Przystępującego po stronie Odwołującego złożonych przy swoim piśmie (Kopię oferty handlowej E. K. z 10.06.2019r.; Kopię oferty handlowej K. C. z 25.06.2019 r.) i w kontekście podważania wiarygodności i prawdziwości tej stawki, skutkuje tym, że Izba nie może powyższego stanu rzeczy ignorować i nie brać pod

uwagę. Należy także uznać, że – nawet w kontekście ofert przedstawionych przez Przystępującego po stronie Odwołującego do jego pisma – realizacja doziarniania przez kruszywo z własnej żwirowni za cenę podaną w I wyjaśnieniach jest o wiele korzystniejsza cenowo (19,93 zł netto/m³, a 32 do 40 zł/ m³). Twierdzenia Odwołującego z rozprawy, że jest przeciwnie i bardziej korzystniejsze jest korzystanie z zakupionego piasku, a nie z własnej żwirowni, było gołosłowne. Ciężar dowodu po stronie Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie nie zwalnia Odwołującego z dowodzenia. Inaczej mówiąc na Odwołującym ciąży obowiązek udowodnienia twierdzeń zwartych w odwołaniu, a art. 190 ust. 1 a Pzp wprowadzając szczególny rozkład ciężaru dowodu odnośnie rażąco niskiej ceny (pkt 1 – na Wykonawcę, który ją złożył, jeśli jest stroną albo uczestnikiem postępowania, pkt 2 – na Zamawiającego, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania) nie zwalnia Odwołującego z reguły, że w pierw musza zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne (podobnie w wyroku SO w Warszawie z 05.11.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 423/18).

Jednocześnie, abstrahując od podważanych badań geologicznych, co nie mogło mieć skutecznie miejsca poprzez przedłożoną opinie prywatną /stanowisko geologa w piśmie z 02.09.2019 r./, Przystępujący po stronie Zamawiającego biorąc pod uwagę własna żwirownię mógł od początku przyjąć takie założenie do realizacji przedmiotowego zamówienia, jako istotny element różnicujący. Stanowisko Przystępującego po stronie Odwołującego, że także dokonał założenia ponownego wykorzystania piasku, nic nie zmienia, skoro Przystępujący po stronie Odwołującego, nie ma własnej żwirowni i zamierzał zakupić piasek do doziarniania od podmiotu zewnętrznego, na co wskazywałyby załączone oferty do jego pisma procesowego. Nadto, skala zadania (żaden z uczestników nie przeczył temu argumentowi Zamawiającego z rozprawy, a ceny złożonych ofert /zawiadomienie z 08.08.2019 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej z rankingiem punktacji/, to potwierdzają, stąd należy uznać tą okoliczność jako mającą charakter notoryjny) i dowody świadczą na korzyść Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie.

Podobnie wykazał oszczędności Przystępujący po stronie Zamawiającego w zakresie własnego systemu zabezpieczeń wykopów. Przedstawił wraz z I wyjaśnieniami – stosowną wycenę zabezpieczeń wykopów przy pomocy: „wyprasków” (Pozycje kosztorysu - zabezpieczenie wykopów). Twierdzenia Przystępującego po stronie Odwołującego o informacjach z rynku, że wszyscy stosują własne systemy zabezpieczeń wykopów, a nie tzw. „wypraski” ma charakter ogólny i niewiele wnosi. Ciężar dowodu po stronie Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie nie zwalnia Odwołującego z dowodzenia. Podobnie jak wyżej w wyroku SO w Warszawie z 05.11.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 423/18.

Odnosnie odzysku kruszyw naturalnych z podbudowy istniejącej drogi na poziomie 30 % Odwołujący, ani Przystępujący po jego stronie nie podważyli skutecznie przyjętego założenia. SIWZ nie zabraniało przyjęcia powyższych założeń. Badania geologiczne były wiążące dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego i nie zostały podważone na etapie SIWZ, aktualnie zarzuty w tej materii są spóźnione. Każdy mógł na ich podstawie dokonać pewnych założeń działając w zaufaniu do Zamawiającego co do badań geologicznych albo je podważyć wcześniej. Nadto, Izba zwraca uwagę na możliwość zmiany terminy na mocy Rozdz. 13.1 ust. 1 pkt 1) ppkt 1.2) lit. c Wzoru Umowy jeśli badania będą nieadekwatne - *1. Zamawiający, poza możliwością zmiany zawartej umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5, 6 ustawy Pzp, przewiduje również możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy, także w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących przypadkach i okolicznościach:*

1) Dopuszczalna jest zmiana terminów wykonania umowy:

1.2) na skutek wystąpienia nieprzewidzianych w SIWZ warunków geologicznych, archeologicznych lub terenowych, które spowodowały niezawinione i niemożliwe do uniknięcia przez Wykonawcę opóźnienie, a mianowicie: (...)

c) wystąpienie odmiennych od przyjętych w dokumentacji projektowej warunków geologicznych (...)".

Dywagacje z rozprawy w zakresie przyjętego przez Przystępującego po stronie Zamawiającego poziomu odzysku kruszywa naturalnego z podbudowy mają charakter teoretyczny. Ciężar dowodu po stronie Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie nie zwalnia Odwołującego z dowodzenia. Podobnie jak wyżej w wyroku SO w Warszawie z 05.11.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 423/18. Wykonawca mógł przyjąć określony sposób realizacji zamówienia, jeśli było to dla niego opłacalne i nie było zabronione. Jest to niejako zgodne ze stanowiskiem Zamawiającego, który stwierdził na rozprawie, że biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia, metodologia przez odzysk jest opłacalna. Nadto, wyraźnie wskazał Przystępujący po stronie Zamawiającego w I wyjaśnieniach, że poziom ten ma miejsce przy zastosowaniu ilości z KNR tłucznia kamiennego sortowanego i niesortowanego.

Nadto, argumentacja, jedynie przez negowanie, że koszty wytworzenia masy bitumicznej przez własną wytwórnice (załączono decyzje AS.6230.2.2012 Starosty Wieruszowskiego z 22.03.2012 r.) będą wyższe niż zakupu nie zostało w żaden sposób wykazane. Ciężar dowodu po stronie Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie nie zwalnia Odwołującego z dowodzenia. Podobnie jak wyżej w wyroku SO w Warszawie z 05.11.2018 r., sygn. akt: XXIII Ga 423/18. Kwestia ta ma w pierwotnych wyjaśnieniach z 11.07.2019 r. charakter dodatkowy i uzupełniający. Wykazanie oszczędności poparte wyliczeniem oszczędności dopiero na etapie pisma procesowego złożonego na posiedzeniu

przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, w kontekście całości wyjaśnień nie umniejsza tego argumentu.

W zakresie utylizacji – w I wyjaśnieniach z 11.07.2019 r. przedmiotowy argument został poparty posiadaniem własnej piaskowni (decyzja odnośnie utylizacji odpadów niebezpiecznych - decyzja AS.6230.2.2012 Starosty Wieruszowskiego z 22.03.2012 r.). Stanowisko Odwołującego z odwołania, co do liczenia kosztów wg. stawek urzędowych jest chybione. Wykazanie oszczędności poparte wyliczeniem oszczędności dopiero na etapie pisma procesowego złożonego na posiedzeniu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, w kontekście całości wyjaśnień nie umniejsza tego argumentu.

Względem cen materiałów (także instalacyjnych) i przepompowni popartych dowodami przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, ramach uzupełnienia I wyjaśnień (pismem z 12.07.2019 r.) /oferta Pipelife Polska SA. z 25.06.2019 r., oferta GAWIX z 27.06.2019 r., oferta Hydro- Marko Sp. z o.o. Sp. K. z 01.07.2019 r./, kwestia tego, że Przystępujący po stronie Odwołującego uzyskał w tym zakresie podobne oferty (Kopię oferty handlowej Gawix sp. z o. o. z 02.09.2019 r.; Kopię oferty handlowej Hydro-Marko sp. z o. o. sp. k. z 02.09.2019 r.) nie zmienia faktu, że są one korzystne i w kontekście całości wyjaśnień, nie w oderwaniu, nie mogą zostać pominięte.

Odnośnie przywołanej w I wyjaśnieniach z 11.07.2019 r. technologii bezwykopowej. Niewątpliwie nie załączył oferty handlowej (zasłaniając się tajemnicą przedsiębiorstwa), kwestia ta mogłaby być ewentualnie przedmiotem dopytania, tudzież dodatkowych wyjaśnień, jednakże Izba w tym zakresie wzięła pod uwagę następujące okoliczności. Zgodnie z Rozdz. 13.1 Wzoru umowy ust.1 pkt 2 przewiduje możliwość zmiany sposobu świadczenia, w tym technologii ppkt 2.1 lit. a – i /„1. Zamawiający, poza możliwością zmiany zawartej umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt 2, 3, 4, 5, 6 ustawy Pzp, przewiduje również możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy, także w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących przypadkach i okolicznościach: (...)

2) *Dopuszczalna jest zmiana sposobu spełnienia świadczenia:*

2.1) *Na skutek zmian technologicznych spowodowanych następującymi okolicznościami:*

- a) *z uwagi na możliwość osiągnięcia wymaganego efektu poprzez zastosowanie innych rozwiązań technicznych lub materiałowych zwiększających jakość, parametry techniczne lub eksploatacyjne obiektów budowlanych lub skracających termin realizacji zamówienia,*
- b) *z uwagi na pojawienie się na rynku materiałów lub urządzeń nowszej generacji pozwalających obniżyć koszty eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy, lub umożliwiające uzyskanie lepszej jakości robót,*

- c) z uwagi na pojawienie się nowszej technologii wykonania zaprojektowanych robót pozwalającej na skrócenie czasu realizacji inwestycji, jak również obniżenie kosztów eksploatacji wykonanego przedmiotu umowy,
- d) z uwagi na konieczność zrealizowania umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych/technologicznych, niż wskazane w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w sytuacji, gdyby zastosowanie przewidzianych rozwiązań groziło niewykonaniem lub wadliwym wykonaniem przedmiotu umowy,
- e) z uwagi na odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót warunki geologiczne skutkujące niemożliwością zrealizowania przedmiotu umowy przy dotychczasowych założeniach technologicznych,
- f) z uwagi na odmienne od przyjętych w dokumentacji projektowej lub specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót warunki terenowe, w szczególności istnienie niezinventaryzowanych lub błędnie zinventaryzowanych obiektów budowlanych,
- g) na skutek zmiany decyzji, postanowień lub uzgodnień przez organy administracyjne i podmioty uzgadniające dokumentację projektową,
- h) w przypadku konieczności zrealizowania przedmiotu umowy przy zastosowaniu innych rozwiązań technicznych lub materiałowych ze względu na zmiany obowiązującego prawa,
- i) w przypadku konieczności wykonania robót oraz usunięcia wad w celu zmniejszenia zagrożenia, gdy zaistnieje wypadek wpływający na bezpieczeństwo życia, zdrowia, mienia, lub robót na terenie budowy, lub sąsiadujących nieruchomości a Inspektor nadzoru wydał Wykonawcy polecenie wykonania robót, usunięcia wad lub podjęcia innych czynności w celu wyeliminowania lub zmniejszenia zagrożenia.

W przypadku wystąpienia którejkolwiek z okoliczności wymienionych w ust. 1 pkt 2) ppkt 2.1) możliwa jest zmiana sposobu wykonania, materiałów i technologii robót, zmiany lokalizacji budowanych urządzeń, ograniczenie zakresu robót objętych umową do 15% wartości zamówienia lub zmiana wynagrodzenia. (...)", ale także materiałów w pkt 3. /"Dopuszczalna jest zmiana sposobu wykonania, materiałów i technologii robót, jak również zmiana lokalizacji budowanych urządzeń spowodowana następującymi okolicznościami:

- a) wystąpienia siły wyższej uniemożliwiającej wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ,
 - b) kolizji z planowanymi lub równolegle prowadzonymi przez inne podmioty inwestycjami.
- W takim przypadku zmiany w umowie zostaną ograniczone do zmian koniecznych powodujących uniknięcie lub usunięcie kolizji,
- c) gdy zaistnieje przeszkoda prawna, ekonomiczna lub techniczna, skutkująca niemożliwością wykonania umowy zgodnie z SIWZ (...)"

Naturalnie jeśli zaistnieją wymierne tam wskazane ściśle przypadki.

Odnosnie robót instalacyjnych i drogowych, Izba nie podzieliła argumentacji Przystępującego po stronie Odwołującego z jego pisma procesowego, załączone do I wyjaśnień z 11.07.2019 r. referencje (Referencje PBI „Eko-Inżynieria” Sp. z o.o. 2 szt.; Referencje PPHU „INKADRO” sp. z o.o. 2 szt.) potwierdzają bowiem istniejące możliwości realizacji tych robót za korzystną cenę.

Względem robocizny (stawki za roboczogodzinę) – 10 PLN, Izba nie może przyjąć stanowiska Odwołującego i Przystępującego po stronie Odwołującego (że koszty pośrednie przywołane w I wyjaśnieniach z 11.07.2019 r. – na 1 stronie, dotyczą robocizny rzędu 18, a nie 10 zł), jako jedyne go możliwego założenia, niebudzącego wątpliwości, bowiem zestawienie narzutów złożone wraz z I wyjaśnieniami z 11.07.2019 r. świadczy na korzyść argumentacji Zamawiającego i Przystępującego po jego stronie (zgodnie z którą należy tą stawkę uwzględnić przy założeniu innych wskaźników ogólnych przyjętych przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, chociażby kosztów pośrednich, i nie jest to stawka płacona pracownikowi, ale stawka obliczenia wykonania pozycji robót). Załączona bowiem, co podkreślał Zamawiający na rozprawie, do I wyjaśnień z 11.07.2019 r. tabela narzutów, zawiera, przy kosztach pośrednich, stwierdzenie od robocizny „wszystkie”, co należy uznać, że dotyczy to nie tylko robocizny za 18 zł, ale również do robocizny za 10 zł. Należy więc przyjąć, że załączone zestawienie jako doprecyzowanie pierwszej strony wyjaśnień. Przystępujący po stronie Zamawiającego w zakresie przedmiotowej kwestii przedłożył bowiem nie tylko same I wyjaśnienia z 11.07.2019 r., ale zestawienie robocizny oraz tabele narzutów. W ramach tabeli narzutów odniósł się do robocizny „wszystkie”, gdzie wskazał koszty pośrednie 65%, także zysk na robociźnie 10 % „wszystkie” oraz VAT 23% „wszystkie”. W wyjaśnieniach jest również stwierdzenie, że: *„Koszty pracy są zgodne a nawet przewyższające minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalną stawkę godzinową ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847 oraz z 2018 r. poz. 650)”*.

Odnosnie różnicy w kosztach zwartych w I wyjaśnieniach z 11.07.2019 r., a w piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, co do kruszywa oraz co do metody szalowania wykopów. Niewątpliwe podane wielkości w I wyjaśnieniach miały charakter przybliżony („wynosi ca.”; „wynosi powyżej”, „bez mała ca.”). Wbrew też tezie Przystępującego po stronie Odwołującego kwota powyżej 400 tys. co do metody szalowania wykopów mieści się w wartości rzędu 497 tys. PLN. Jednakże analiza SIWZ, tj. przedmiarów PR.01, ale także preambuły do nich (*„Przedmiar Robót (PR) należy rozpatrywać łącznie z pozostałymi częściami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przyjmuje się, że Wykonawca dokładnie zapoznał się ze szczegółowym opisem Robót, jakie mają zostać wykonane i sposobem ich wykonania. Całość Robót należy wykonać zgodnie*

z zamierzeniem i przeznaczeniem oraz z całkowitą akceptacją Inżyniera. Przy dokonywaniu wyceny pozycji należy korzystać ze Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB) i odpowiednich rysunków zawartych w Dokumentacji projektowej. Przy obmierzaniu wykonanych Robót nie będą uwzględniane żadne straty materiałów albo ich ilości w czasie ich transportu, składowania i zagęszczania. Pozycje w Przedmiarach Robót opisują Roboty objęte Kontraktem w sposób skrócony. Z reguły opis ten nie powieła pełnego opisu Robót i metod wykonania podanych w STWiORB i na rysunkach w Projekcie Wykonawczym. Uważa się jednak, że poszczególne pozycje Przedmiarów Robót zawierają wszystkie czynności konieczne do całkowitego i poprawnego wykonania przedmiotowych Robót zgodnie ze sztuką budowlaną obowiązującymi przepisami czy jest to detalicznie wymienione w OPZ czy też nie. Płatności za wszystkie Roboty, których ilość określono w PR jako „ryczałt” zostaną dokonane po całkowitym zakończeniu i zaakceptowaniu przez Inżyniera tych Robót, o ile Inżynier nie postanowi inaczej.”) potwierdza, że poszczególne pozycje miały charakter ryczałtowy i musiały zawierać w sobie inne elementy (poz. od 6 do 48, w każdej z tych pozycji przywołanie danego - STWiORB / DP, np.: w poz. 6 - ST-00.00, ST-01.02, ST- 01.03, D.00.00.00, D.05.03.11/. Zgodnie z Rozdz. 22 ust. 3 SIWZ: „Wyceniony Przedmiar robót powinien zostać sporządzony w oparciu o wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót i dołączony do oferty. Wykonawca musi uwzględnić w cenie obmiarowej wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania i ukończenia zamówienia w tym wszystkie wydatki poboczne, wszelkie koszty stałe, zysk, koszty ogólne i podobnego rodzaju obciążenia, opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów.”. Stąd też należy uznać za wiarygodne, stwierdzenie Przystępującego po stronie Zamawiającego w I wyjaśnieniach z 11.07.2019 r., że dla 48 pozycji przygotował własny przedmiar z 168 pozycji.

Izba podkreśla, że Wykonawca udzielał odpowiedzi ściśle na wezwania Zamawiającego z 09 i 18.07.2019 r., co więcej na dopytanie Zamawiającego udzielił wyczerpującej odpowiedzi – II wyjaśnieniami z 19.07.2019 r.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że Przystępujący po stronie Odwołującego niejednokrotnie w sposób daleko idący rozwijał argumentację Odwołującego z odwołania, co budziło wątpliwości, na ile jest to przystąpienie, a na ile quasi własne odwołanie. Odwołujący bowiem nie kwestionował przyjętego zestawienia robocizny w zakresie szerszym niż w odniesieniu do 10 PLN. Wiec wszystko to, co jest ponadto, stanowi nowy zarzut (pismo procesowe Przystępującego po stronie Odwołującego – str. 7, co do zestawienia robocizny). Część, zaś przyjętych założeń w swoim stanowisko pisemnym wynika w dużej mierze z zaistniałej sytuacji procesowej.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu drugiego, podlega w/w zarzut oddaleniu,

Izba uznała, że brak było dostatecznych podstaw ze strony Zamawiającego w zakresie wzywania do wyjaśnień, czy uzupełniania co do podstaw dysponowania (bezpośrednie / pośrednie). W tym zakresie, konieczne jest stwierdzenie, że po pierwsze rzeczywiście w wykazie osób przedstawionym przez Przystępującego po jego stronie, jako podstawę dysponowania wskazano umowy o współpracę, po drugie brak było wymogu załączenia takiej lub innej umowy będącej podstawą dysponowania (zał. nr 4 do SIWZ). W dalszej kolejności należy zauważyć, co Zamawiający nie dość wyraźnie przedstawił na rozprawie, a co wynika z postanowień SIWZ, że jeśli Wykonawca zamierzał korzystać z zasobów podmiotu trzeciego należało złożyć stosowne zobowiązanie według wzoru (załącznik nr 5 do SIWZ „*Wzór zobowiązania oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów*”). Podobnie SIWZ na str. 14 (Rozdz. 11 ust. 4 „*Wykaz oświadczeń oraz dokumentów, jakie ma dostarczyć Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia*” /Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania spełnienia - w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby - warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniach, o których mowa w ust. 1/) i 24 (Rozdz. 15 ust. 3 pkt 5 „*Zawartość oferty*” /5) Oświadczenia dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp oraz dotyczące podwykonawców w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym/) wyraźnie w swoich postanowieniach na to zwracało uwagę. Izba podkreśla, że także w złożonych JEDZ-ach przez obu konsorcjantów (Lider – str. 6, Partner – str. 5) jest w tym zakresie złożone wyraźne oświadczenie negatywne. W konsekwencji już na podstawie samych tych dokumentów dołączonych do oferty przez Przystępującego po stronie Zamawiającego i braku innych które należałoby złożyć, gdyby jednak zamierzano korzystać z zasobów podmiotu trzeciego, czyli gdyby byłoby to udostępnienie pośrednie, można stwierdzić, że mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Dokumenty w tym zakresie złożone jako dowód na rozprawie wraz z pismem procesowym przez Przystępującego po stronie Zamawiającego jednoznacznie rozwiewają wątpliwości w tym zakresie. Wynika z nich, że taka współpraca ma charakter stały, bezterminowy, i otwarty, wobec wszystkich działań Wykonawcy, umowy zawierane są na początku danego roku. Dotyczą osób fizycznych, a nie osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Oдноśnie zarzutu trzeciego, podlega w/w zarzut oddaleniu.

W ocenie Izby, brak było podstaw na podstawie dokumentów Wykonawcy znajdujących się w dyspozycji Zamawiającego, tak do wykluczenia, jak i wzywania do wyjaśnień Przystępującego po stronie Zamawiającego. Nadto, w ocenie Izby, dowody przeciwne złożone przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, względem tych przedstawionych na rozprawie przez Odwołującego, nie dają podstaw do uznania stanowiska Odwołującego z odwołania i rozprawy. Odwołujący wykazywał stratę dokumentami finansowymi z 2017 r. i częściowo z 2018 r. oraz uchwałami z 2019 r. względem Partnera konsorcjum, ale Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił dokumenty z 2018 r., ale tak jednego, jak i drugiego konsorcjanta o zysku za 2018 r. Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę znajdujące się w dyspozycji Zamawiającego w toku postępowania przetargowego: bankowe zaświadczenia kredytowe dla każdego z konsorcjantów po 2, 5 mln każde, brak egzekucji stwierdzony w zaświadczeniu z banku dla partnera konsorcjum, oświadczenia o nie zaleganiu w opłatach i podatkach lokalnych złożone przez obu członków konsorcjum, dokumenty z Urzędu Skarbowego oraz ZUS-u potwierdzające płacenie podatków i składek na ubezpieczenie społeczne, zdrowotne i fundusze przez obu konsorcjantów. Jednocześnie w toku postępowania przetargowego Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił wraz dokumentami w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w zakresie partnera konsorcjum - postanowienia sądowe o zawarciu układu – ugody z wierzycielami (postanowienie z 17.08.2017 r., sygn. akt: V GR 16/17 oraz postanowienie z 17.08.2018 r., sygn. akt: V GRs 4/17), nie ma miejsca likwidacja majątku, a wierzycielom pozostały jedynie wierzytelności główne bez ubocznych (odsetek). Dotyczą też te kwestie jedynie partnera konsorcjum, a nie lidera. Kwestia tego, że jest to konsorcjum, które wiąże odpowiedzialność solidarna, także nie jest bez znaczenia z punktu widzenia tego zarzutu. Dodatkowo, Izba stwierdziła, że wraz z pismem procesowym Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił dokumenty dotyczące realizacji zamówienia z Łąki Opatowskiej na ponad 9 mln 200 tys. zł., które kończą się w X 2019 r. (za załączonym wykazem kontraktów). Będą więc środki z tego tytułu i zwolnią się moce przerobowe. Będzie możliwe zaangażowanie się na potrzeby kontraktu Zamawiającego. Na koniec Izba podkreśla, że zgodnie Rozdz. 14. 4 Plan Płatności Wzoru Umowy w tym postępowaniu płatność będzie etapami, co miesiąc (Plan płatności co miesiąc). *„Wykonawca co miesiąc dostarczać będzie Inżynierowi przewidywany szczegółowy Plan płatności na kolejne miesiące do końca trwania Kontraktu, dla wszystkich płatności, do których Wykonawca jest uprawniony w ramach Kontraktu. Pierwszy przewidywany plan płatności zostanie przedłożony w Dacie Rozpoczęcia i winien obejmować (i) okres do końca pierwszego miesiąca kalendarzowego następującego po Dacie Rozpoczęcia; oraz (ii) każdy kolejny miesiąc trwania Robót. Przewidywane plany płatności będą składane w okresach miesięcznych do czasu wystawienia Świadectwa Przejęcia całości Robót. Plan płatności będzie przekazywany w formie wskazanej przez Inżyniera. Plan*

płatności będzie uwzględniał płatności przejściowe w wysokości do 90% wartości Kwoty Kontraktowej, pozostałe 10% Kwoty Kontraktowej będzie należne wykonawcy po wydaniu Świadectwa Przejęcia dla Robót."/.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu czwartego, podlega w/w zarzut oddaleniu.

Izba w tym zakresie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym sumowanie doświadczenia pełnionego przez daną osobę na kilku kontraktach równoległe jest działaniem nieprawidłowym. Podzielając tym samym, w tej materii stanowisko wyrażone w takich orzeczeniach jak: wyrok KIO z 11.06.2018 r., sygn. akt: KIO 928/18, wyrok WSA w Warszawie z 30.11.2017 r., sygn. akt: V Sa/Wa 3208/16: „*co do istotnego rzeczywistego, kalendarzowego czasu nabywania doświadczenia zawodowego na stanowisku. Doblujące się okresy doświadczenia można uwzględnić tylko jednorazowo*”, wyroku KIO z 26.05.2015 r., sygn. akt: KIO 968/18, uchwały KIO z 12.08.2015 r., sygn. akt: KIO/KD 44/15, czy też w wyroku KIO z 23.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1675/10, KIO 1676/10.

Odnosząc się zaś do argumentacji i dowodu złożonego przez Odwołującego dotyczącego kolejnego, nowego postępowania oraz dokonanego tam zastrzeżenia SIWZ (wyciąg ze specyfikacji postępowania o numerze ZP.271.9.2019), Izba podkreśla, że po pierwsze dotyczy to innego postępowania, po drugie Zamawiający może w każdym przypadku kształtować postanowienia SIWZ, także kryteria odmiennie w różnych postępowaniach według swoich potrzeb, a Wykonawcy mają z kolei prawo do ich kwestionowania, jeśli uznają to za zasadne z punktu widzenia swoich uzasadnionych interesów, po trzecie jest rzeczą powszechnie przyjętą (notoryjną), że Zamawiający na bieżąco wprowadzają zmiany do postanowień SIWZ w kolejnych postępowaniach dążąc do wyeliminowania wszelkich niedoskonałości, dążąc do uzyskania SIWZ, jak najbardziej zbliżonego do ideału, wychodząc naprzeciw postulatam Wykonawców. Tej praktyki nie można z góry uznawać za przejaw potwierdzenia takich, czy innych zarzutów, tym bardziej w kontekście przywoływanego powyżej orzecznictwa.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 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 (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

.....