

Sygn. akt: KIO 564/14

**WYROK**

**z dnia 14 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Luiza Łamejko**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 marca 2014 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Gmin Dorzecza Wisłoki, ul. Konopnickiej 82, 38-200 Jasło**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "Wiktor" Sp.j., Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., "CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA" S.A., ul. Kolejowa 8, 97-500 Radomsko** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „SOLVER” Sp. z o.o. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o., ul. Zagórska 167, 42-600 Tarnowskie Góry** na rzecz **Związku Gmin Dorzecza Wisłoki, ul. Konopnickiej 82, 38-200 Jasło** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krośnie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Związek Gmin Dorzecza Wisłoki (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie inwestycji w ramach projektu: „Instalacja systemów energii odnawialnej na budynkach użyteczności publicznej oraz domach prywatnych na terenie gmin należących do Związku Gmin Dorzecza Wisłoki” realizowanego w ramach Szwajcarsko - Polskiego Programu Współpracy. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12 grudnia 2013 r. pod nr 2013/S 241 - 418492.

W dniu 21 marca 2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: SOLVER Sp. z o.o. i SKORUT Systemy Solarne Sp. z o.o. (dalej: „odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętych oraz zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego polegających na:

1. dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe „WIKTOR” Sp. j., ECO - TEAM Sp. z o.o. Sp.k. i „CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. (dalej: „przystępujący”), w sytuacji gdy:
  - a) oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;
  - b) oferta ta winna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zm.);
  - c) przystępujący powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp;
2. zaniechaniu wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp w sytuacji, gdy zaoferowana cena znacząco odbiega od szacunkowej wartości zamówienia obliczonej przez zamawiającego, jak również od cen rynkowych funkcjonujących w obrocie i winna zostać zakwalifikowana jako cena rażąco niska, a w konsekwencji winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w sytuacji, gdy oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z wymogami postawionymi przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w odniesieniu do paneli fotowoltaicznych oraz kolektorów słonecznych oraz nie zawiera sprecyzowanych elementów przedmiotu zamówienia (faktyczny brak oferty) lub zawiera kilka możliwych rozwiązań (złożenie więcej niż jednej oferty w postępowaniu), a doprecyzowanie urządzeń nastąpiło najprawdopodobniej na etapie uzupełniania dokumentów oraz wyjaśnień treści oferty, czyli zmiana oferty nastąpiła po otwarciu ofert;
4. prowadzeniu z przystępującym nieuprawnionych negocjacji co do treści oferty i w konsekwencji doprowadzenie poprzez wzywianie do uzupełniania dokumentów i składania wyjaśnień do sytuacji, w której treść oferty została w sposób nieuprawniony uzupełniona i zmieniona po złożeniu ofert;
5. zaniechaniu wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów podmiotów trzecich, tj. Pro In Tech D..... L....., Euro Com Project Sp.j., Termo Klima MK M..... K..... potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, mimo iż podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia publicznego, a w konsekwencji również zaniechania wykluczenia z postępowania przystępującego mimo niespełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału osobowego;
6. zaniechaniu wykluczenia przystępującego z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie potwierdził spełnienia warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej umożliwiającej realizację zamówienia, bowiem załączona do oferty polisa nie obejmuje swoim zakresem działalności związanej z realizacją zamówienia;
7. zaniechaniu wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, mimo iż zachodzi uzasadnione podejrzenie, że wykonawca ten wprowadził w błąd zamawiającego podając nieprawdziwe informacje odnośnie doświadczenia i wiedzy udostępnianej przez podmioty trzecie;
8. zaniechaniu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, mimo że oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród złożonych i niepodlegających odrzuceniu ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty

przystępującego, mimo jej niezgodności z ustawą (art 82 ust 1 ustawy Pzp), specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zaoferowanie kilku różnych rozwiązań oraz możliwe zaoferowanie rozwiązań niezgodnych z wymaganiami przedmiotu zamówienia) oraz zaproponowania rażąco niskiej ceny;

- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy do obowiązkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny;

- art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów od podmiotu trzeciego, który udostępnia potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu polisy, uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentu wykazu osób, oświadczeń o przynależności bądź braku przynależności do grupy kapitałowej członków konsorcjum,

a w konsekwencji braku załączenia do oferty wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego mimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz prawdopodobieństwa wprowadzenia w błąd zamawiającego w związku z informacjami podanymi w wykazie wykonanych robót budowlanych;

- art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego mimo niezłożenia przez członków konsorcjum oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej;

- art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona w postępowaniu, przystępujący powinien zostać wykluczony, a jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego spełniająca wszystkie wymogi określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, najkorzystniejsza pod kątem kryteriów oceny ofert;

- a w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku ze wskazanymi wyżej naruszeniami, przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził co następuje:

1. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień

Odwołujący podniósł, iż przystępujący złożył ofertę, w której za realizację zamówienia oferuje kwotę, która jest o niemal 25% mniejsza niż szacunek wartości zamówienia dokonany przez zamawiającego. W ocenie odwołującego, wykonanie przedmiotu zamówienia za wskazaną

przez przystępującego kwotę jest niemożliwe, a cena ta wskazuje na zaniżenie realnej wartości robót do wartości poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia celem uzyskania zamówienia, co może również stanowić czyn nieuczciwej konkurencji ze strony przystępującego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 90 ustawy Pzp obowiązkiem zamawiającego jest zweryfikowanie ceny pod kątem zarzutu rażąco niskiej ceny zawsze, gdy powstaje wątpliwość na tym tle. Zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień, mimo że niewątpliwie zaoferowana cena analizowana przez pryzmat orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej powinna była wzbudzić zastrzeżenia zamawiającego, bowiem zasadniczo odbiega od szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia oraz od cen innych wykonawców.

W opinii odwołującego, dokonując analizy oferty przystępującego należy dojść do wniosku, że nawet uzyskanie elementów instalacji żądanej przez zamawiającego po bardzo korzystnych cenach nie daje szansy na prawidłową realizację zamówienia, z uwzględnieniem wymagań postawionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący wskazał, że sam koszt wykonania instalacji solarnych na 4 266 budynkach zgodnie z wymaganiami zamawiającego to koszt minimum 45 000 000 PLN biorąc pod uwagę same koszty wyprodukowania instalacji, pomijając jakikolwiek zysk wykonawcy. Oprócz tego, w ramach przedmiotu zamówienia należy wykonać 4 instalacje fotowoltaiczne, których minimalny koszt wykonania nie może spaść poniżej 3 500 000 PLN, biorąc pod uwagę same koszty materiałowe. Instalacje w ramach budynków użyteczności publicznej stanowią odrębny element przedmiotu zamówienia i ze względu na ich charakterystykę i zakres nie ma możliwości wykonania ich taniej niż za kwotę około 4 000 000 PLN. Odwołujący stwierdził, że suma wartości minimalnych, jaka musi zostać wydana na same instalacje przewyższa wartość ceny zawartej w ofercie przystępującego. Nie można zapominać, jak zauważył odwołujący, że oprócz wykonania samych instalacji niezbędne do pełnej realizacji zamówienia jest zapewnienie całej obsługi administracyjnej inwestycji. Nawet przy założeniu ustaleniu cen na poziomie kosztów wytworzenia przystępujący nie będzie w stanie wykonać należycie przedmiotowego zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odwołujący wyraził pogląd, że szacując wartość zamówienia zamawiający bez wątpienia zapoznał się z cenami rynkowymi poszczególnych instalacji i ich elementów, jak również ustalił minimalne kwoty, za jakie można zrealizować zamówienie. Zaoferowanie przez przystępującego ceny tak znacznie odbiegającej od średnich rynkowych winno co najmniej wzbudzić zainteresowanie zamawiającego co do przyczyn ustalenia wartości ceny oferty tak znacznie odbiegających od średnich cen rynkowych oraz od szacunku wartości przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego było, jak stwierdził odwołujący, przynajmniej

wezwanie przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę w trybie art. 90 ustawy Pzp i dokładne przeanalizowanie otrzymanych wyjaśnień. Należy pamiętać, że wezwanie do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny jest obowiązkiem, a nie przywilejem zamawiającego i nie może on zrezygnować z takiego wezwania. Konsekwencją oceny złożonych przez przystępującego wyjaśnień powinno być, w opinii odwołującego, ustalenie, czy cena jest rażąco niska. Odwołujący wyraził przekonanie, że nie ma możliwości, by przystępujący wyjaśnił tak niską cenę, a zatem oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący przypomniał też, że zaoferowanie ceny rażąco niskiej, nierealnej, poniżej kosztów wytworzenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji opisany wprost w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z tych względów oferta przystępującego powinna być także odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

## 2. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zamawiający żądał zaoferowania paneli fotowoltaicznych o parametrach znacznie przekraczających standardowe parametry paneli fotowoltaicznych dostępnych na rynku, dlatego wybór zawęża się do kilku urządzeń dostępnych na rynku. Odwołujący wskazał, że wymagane przez zamawiającego parametry paneli fotowoltaicznych nie są wskazane w certyfikacie, który poświadcza jedynie zgodność z normami. Poza tym, certyfikaty potwierdzające zgodność parametrów panelu fotowoltaicznego zawierają zawsze szereg różnych dostępnych na rynku modułów tego panelu, przy czym bez wątplenia nie wszystkie panele spełniają wymogi zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że w sytuacji, gdy w ofercie przystępującego brak jest oświadczenia o oferowaniu konkretnego modelu panelu fotowoltaicznego, to oferta taka nie może zostać uznana za prawidłową, bowiem nie wskazuje konkretnych urządzeń, jakie będą zastosowane, lecz grupę, spośród której tylko część paneli spełnia wymogi zamawiającego. Odwołujący zwrócił również uwagę, że w przedmiotowym postępowaniu oferowanie rozwiązań wariantowych, tj. różnych rozwiązań, których konkretyzacja nastąpi dopiero na etapie wykonania, jest niedopuszczalne.

Z uwagi na utajnienie części oferty przystępującego oraz brak wskazania spisu treści utajnionych dokumentów odwołujący nie posiada wiedzy czy sprawozdanie dotyczące konkretnego panelu lub oświadczenie, o którym mowa powyżej zostało dołączone do oferty przystępującego. Odwołujący wniósł o dokonanie w tym zakresie weryfikacji treści oferty przez Izbę, albowiem nie ma możliwości samodzielnego potwierdzenia tych okoliczności. Odwołujący wyjaśnił, iż jego wątpliwości wzbudziły częściowo udostępnione zapytania przesłane do przystępującego w dniu 6 marca 2014 r. Z treści wezwania do uzupełnienia -

nr 10 można wnioskować, że sprawozdanie konkretyzujące oferowany panel zostało załączone dopiero na etapie uzupełnienia dokumentów. Gdyby tak rzeczywiście było, to należy uznać, że doszło do nieuprawnionego uzupełnienia oferty już po jej złożeniu. Odwołujący stwierdził, że nieuprawnione jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i wprowadzania uzupełnień o elementy, których pierwotnie nie dało się wyczytać z treści oferty.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że najprawdopodobniej przystępujący zaoferował panel fotowoltaiczny niezgodny z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 3.2.1. PFU) w następujących zakresach:

- moc znamionowa min. 150 Wp/m<sup>2</sup>
- temperaturowy współczynnik mocy nie mniejszy niż -0,43% st C.
- tolerancja mocy 0/+3% (+3% i więcej)
- współczynnik sprawności modułu min. 15%
- stopień obciążalności mechanicznej śniegiem min. 5400Pa
- stopień obciążalności mechanicznej wiatrem/ zasysaniem wiatru min. 2400 Pa
- gwarancja wydajności producenta nie mniej niż 10 lat 90%, 25 lat 80%
- diody obejściowe min. 3 szt.

Odwołujący wskazał, że następujące modele modułów fotowoltaicznych nie spełniają wymagań zamawiającego: LS200 firmy GS Energy Distribution s.r.o., SFEMF 6255 firmy Solar Future Energy sp. z o.o., SV72P-285W firmy Selfa Grzejnictwo Elektryczne S.A.

Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, że jednostka wykonująca sprawozdanie powinna posiadać akredytację (musi ona być załącznikiem do sprawozdania).

Odwołujący podkreślił, że niedopuszczalne są różne warianty rozwiązań, a w konsekwencji oferta taka winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp jako niezgodna z ustawą w zakresie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, a dodatkowo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodna z wymaganiami zamawiającego, który oczekiwał podania konkretnego rozwiązania o konkretnych sprecyzowanych parametrach.

Jak zauważył odwołujący, brak wskazania przez wykonawcę oferowanych urządzeń czytać należy jako brak złożenia oferty. Zaoferowanie alternatywnych rozwiązań poczytywać należy jako złożenie kilku ofert w jednym postępowaniu. Obydwa działania skutkować muszą odrzuceniem oferty, a zaniechanie w tym zakresie stanowi błąd zamawiającego.

3. Wykluczenie przystępującego – w związku z brakiem spełniania warunku wiedzy i doświadczenia

Odwołujący podniósł, iż przystępujący wykazując się wymaganym przez zamawiającego



doświadczeniem w zakresie instalacji fotowoltaicznych w pełni polegał na doświadczeniu udostępnionym przez podmioty trzecie. Jednocześnie z oświadczeń podmiotów trzecich załączonych do oferty przystępującego wynika, że wiedza i doświadczenie będą udostępniane przystępującemu poprzez doradztwo i konsulting (konsultacje związane z realizacją zadania, pomoc w rozwiązywaniu problemów, doradztwo kadry technicznej).

W ocenie odwołującego, z załączonych oświadczeń nie wynika, w jaki faktyczny sposób podmioty trzecie miałyby udostępniać potencjał, ażeby wykonawca w sposób realny mógł z niego korzystać. Odwołujący wyraził przekonanie, że jedyną możliwością wsparcia wykonawcy nie mającego doświadczenia w instalacjach fotowoltaicznych jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, zakres zamówienia, skomplikowany charakter instalacji fotowoltaicznej powoduje, że brak faktycznego udziału podmiotów trzecich w realizacji spowodzi udostępnienie potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia do iluzji stworzonej na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wyraził przekonanie, że doświadczenie w instalacjach fotowoltaicznych nie może być wsparciem jedynie na odległość lub na zasadzie doradztwa „przez telefon”. Wobec nie posiadania przez przystępującego samodzielnie wiedzy i doświadczenia w realizacji przedsięwzięć będących przedmiotem zamówienia wykonanie zamówienia przez przystępującego bez udziału podmiotów trzecich w realizacji zamówienia jest niemożliwe. Odwołujący wskazał na odmienny charakter robót związanych z instalacjami solarnymi od robót związanych z instalacjami fotowoltaicznymi.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na niezbędny udział podmiotów trzecich w realizacji zamówienia niezbędne jest złożenie dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich w oparciu o art. 24 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że występują sprzeczności w informacjach wskazanych w pozycjach od 5 - 13 wykazu, w stosunku do stanu faktycznego:

- a) pozycja 5 i 13 wykazu – „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 66 kWp w Koronowie” oraz „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 10 kWp w Kiełpnie k/Tucholi” - z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że ani w Koronowie, ani w Kiełpnie koło Tucholi na żadnym budynku prywatnym, ani należącym do jednostek publicznych nie ma zainstalowanej instalacji fotowoltaicznej;
- b) pozycja 6 i 10 – „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 10 kWp w Gnieźnie” oraz „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 5,88 kWp w Wilczogórze” - z informacji posiadanych przez odwołującego wynika, że instalacje były wykonywane przez firmę Zbych-Pol, natomiast referencje wystawione

są na podmiot Euro Com Project sp. j.;

- c) pozycja 7 i 9 – „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 10 kWp w Braniewie” oraz „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 40 kWp w Braniewie” - odwołujący wskazał, że przedmiotem referencji z pozycji 9 jest rozbudowana instalacja z pozycji 7, co oznacza, że druga instalacja stanowiła dobudowanie instalacji o mocy 30 kWp, a nie wykonanie instalacji o mocy 40 kWp;
- d) pozycja 12 – „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 9,8 kWp w Mogilnie” - odwołujący wskazał, że w Mogilnie brak jest instalacji fotowoltaicznej pod wskazanym w referencjach adresem;
- e) pozycja 8 i 11 – „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 45,6 kWp w Ostrowie Wielkopolskim” oraz „wykonanie nadachowej instalacji fotowoltaicznej o mocy 10 kWp w Zduńskiej Woli” - odwołujący wskazał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że podmioty, od których pochodzą załączone do oferty referencje, samodzielnie wykonywały instalacje wskazane w wykazie, a w realizacji nie uczestniczyła firma Euro Com Project sp. j.

Wobec powyższego, nie sposób uznać, w ocenie odwołującego, że podmioty udostępniające potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia rzeczywiście dysponują oferowanym potencjałem, a w konsekwencji, nie może tym potencjałem dysponować również przystępujący. Brak wykazania się spełnieniem warunku doświadczenia powoduje, że przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a nadto podstawą wykluczenia winien być dodatkowo art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem w ocenie odwołującego doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, co miało wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Odwołujący stwierdził, że przystępujący musiał mieć wiedzę co do potencjału lub jego braku firm, do których się zwrócił. To powoduje, że wina przystępującego we wprowadzeniu w błąd zamawiającego nie powinna budzić wątpliwości. Co za tym idzie, spełniona jest przesłanka warunkująca wykluczenie wykonawcy na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

#### 4. Wykluczenie przystępującego z uwagi na brak spełniania warunku dotyczącego zdolności finansowej

Odwołujący zauważył, że na potwierdzenie spełniania warunku postawionego w pkt 6.2.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia przystępujący złożył polisę ubezpieczeniową lidera konsorcjum, z której wynika, że konsorcjant jest ubezpieczony w ramach prowadzonej działalności w następujących obszarach, zgodnie z numeracją PKD wskazaną w polisie:

41.20 - roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków mieszkalnych i niemieszkalnych

45.11 - sprzedaż hurtowa i detaliczna samochodów osobowych i furgonetek,  
45.21 - brak nr w PKD,  
45.22 - brak nr w PKD,  
45.23 - brak nr w PKD,  
45.25 - brak nr w PKD,  
46.73 - sprzedaż hurtowa i detaliczna materiałów budowlanych i wyposażenia sanitarnego,  
22.23 - produkcja wyrobów dla budownictwa z tworzyw sztucznych,  
25.12 - produkcja metalowych elementów stolarki budowlanej.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z załącznikiem „Polska Klasyfikacja Działalności” do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 roku w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (Dz. U. z dnia 31 grudnia 2007 roku), działalność związana z przedmiotem zamówienia objęta jest numerem:

43.21Z – „wykonywanie instalacji elektrycznych” podklasa obejmuje instalacje telekomunikacyjne, strukturalne sieci komputerowe i instalacje dla telewizji kablowej włącznie ze światłowodami, instalacje dla elektrycznych urządzeń i sprzętu gospodarstwa domowego, włączając ogrzewanie podłogowe,

43.22 - podklasa obejmuje wykonywanie instalacji nielektrycznych kolektorów słonecznych,

43.29Z - podklasa obejmuje instalacje odgromowe,

43.99Z - podklasa obejmuje specjalistyczne roboty budowlane wymagające umiejętności wspinaczkowych i zastosowania specjalnego sprzętu, np. do prac na wysokościach.

Odwołujący podał, że biorąc pod uwagę wskazany w specyfikacji przedmiot zamówienia oraz wskazany w polisie lidera przystępującego zakres przedmiotu działalności objęty ubezpieczeniem nie sposób znaleźć jakkolwiek związek pomiędzy tym rodzajami działalności. Odwołujący wyraził pogląd, iż bez względu na to, czy do badania ważności polisy przyjmie się aktualne numery PKD, czy te z 2004 r., to nie ulega wątpliwości, że P.B.U. Wiktor Sp.j. nie posiada w zakresie ubezpieczonej działalności zakresów objętych przedmiotem zamówienia. Zgodnie z dokumentem: „Klucze powiązań PKD 2004 - 2007 oraz PKD 2007 – 2004” wskazanym wyżej numerom PKD związanym z przedmiotem zamówienia odpowiadały stosownie: dla numeru 43.21Z - 45.31 A, 45.31B, 45.31D oraz 45.34Z, dla numeru 43.22 - 45.31A, 45.33A, 45.33B, 45.33C, dla numeru 43.29Z - numer 45,31D oraz 45.32Z, dla numeru 43.99Z - 45.21F, 45.22Z, 45.24B, 45.25A, B, C, D, E. Odwołujący podkreślił, że zakres przedmiotowy działalności prowadzonej przez lidera przystępującego wskazany w KRS również nie obejmuje swym zakresem ani przedmiotu zamówienia ani rodzaju działalności wskazanej w klasyfikacji PDK. Zważywszy na powyższe, zdaniem odwołującego, przystępujący powinien zostać wykluczony z postępowania z uwagi na nie spełnianie wymogów postawionych przez zamawiającego w punkcie 6.4 specyfikacji.

5. Wykluczenie przystępującego w związku z nie wykazaniem spełniania warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia

Odwołujący, mimo utajnienia oferty przystępującego w zakresie wykazu osób, stwierdził, że nie jest możliwym, aby przystępujący dysponował wymaganym przez zamawiającego potencjałem osobowym. Odwołujący powołał się przy tym na swoje wieloletnie doświadczenie w branży instalacji solarnych oraz doskonałą znajomość rynku osobowego posiadającego tak szczególne i wyspecjalizowane kwalifikacje i doświadczenie, jakie są wymagane przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

6. Wykluczenie przystępującego w związku z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp

Jak zauważył odwołujący, do oferty przystępującego załączone zostało oświadczenie w zakresie grupy kapitałowej firmy Wiktor Sp.j., brak jest natomiast oświadczeń pozostałych partnerów konsorcjum przystępującego.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ewentualnie wezwania do uzupełnienia dokumentów od podmiotów trzecich potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, wezwania do wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu polisy, wykazu osób oraz wykazu wykonanych robót budowlanych, oświadczeń członków konsorcjum w przedmiocie grupy kapitałowej oraz odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 ustawy Pzp oraz wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3, 4 i 5 ustawy Pzp;
- nakazanie zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- zasądzenie kosztów postępowania na rzecz odwołującego, w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedłożoną na rozprawie.

W dniu 27 marca 2014 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe "Wiktor" Sp.j., Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., "CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA" S.A.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

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

Rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że podlega ono oddaleniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp. Wskazać należy, że art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do rażąco niskiej ceny, za którą należy uznać cenę nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą realizację zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a zatem cenę nierynkową. Obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny aktualizuje się jedynie w sytuacji, gdy zamawiający poweźmie podejrzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Izba zważyła, że w obowiązującym stanie prawnym brak jest sztywnych wytycznych co do poziomu różnicy zaoferowanej ceny w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia lub cen pozostałych ofert. Zasadność ewentualnego wezwania do złożenia wyjaśnień co do wysokości ceny czy odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny powinna być analizowana indywidualnie w każdym przypadku. Każdorazowo poddana badaniu cena powinna być odnoszona do przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na rynku, którą obrazują złożone w danym postępowaniu oferty. Jednocześnie, niezasadne jest automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską (orzeczenie ETS z dnia 22 czerwca 1989 r., w sprawie C-103/8 - Fratelli Constanzo).

W ocenie Izby, analiza cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu nie uzasadniała wszczęcia procedury wyjaśniającej określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Porównanie ceny zaoferowanej przez przystępującego do szacunkowej wartości zamówienia

nie jest wystarczające do stwierdzenia, że zasadne byłoby wszczęcie procedury wyjaśniającej. Wartość szacunkowa jest pewną prognozą zamawiającego, która może nie znaleźć odzwierciedlenia w cenach składanych w warunkach konkurencji. Z uwagi na okoliczność, iż w przypadku każdego zamówienia wykonawcy konkurują ze sobą zaoferowaną ceną (w przypadku przedmiotowego zamówienia wyłącznie ceną) naturalne jest, że wartość szacunkowa zamówienia nie będzie odpowiadała najniższej zaoferowanej w postępowaniu cenie. Mając powyższe na uwadze Izba stwierdziła, że dokonując analizy zaoferowanej ceny należy brać pod uwagę nie tylko szacunkową wartość zamówienia, ale również złożone w danym postępowaniu oferty, które odzwierciedlają sytuację zaistniałą na danym rynku - ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia.

Izba ustaliła, że wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 75 983 391,75 PLN, w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 6 907 581,077 PLN.

W przedmiotowym postępowaniu zaoferowane zostały następujące ceny za realizację przedmiotu zamówienia:

- Hoven Inwestycje Sp. z o.o. – 66 384 982,07 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Ekoinstal Sp. z o.o. i Opeus Sp. z o.o. S.K.A. – 58 340 464,08 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: SOLVER Sp. z o.o. i Skorut Systemy Solarne Sp. z o.o. – 68 447 512,90 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: P..... M..... i W..... Ś..... Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe "Wiktor" Sp.j., Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k., "CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA" S.A. – 57 122 855,73 PLN,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego: Biuro Projektów „Nafta Gaz” Sp. z o.o., Zakład Remontów Urządzeń Dźwignicowych „Remdźwig” Sp. z o.o., CONTROL PROCESS S.A. – 72 690 360,84 PLN.

Izba uznała, że analiza cen zaproponowanych przez pozostałych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, z których jedna była bardzo zbliżona do ceny zaoferowanej przez przystępującego, a wszystkie zaoferowane ceny były niższe od szacunkowej wartości zamówienia, prowadzi do wniosku, iż brak było podstaw do twierdzenia, że zaoferowana cena odbiega od realiów rynkowych i nie pozwoli wykonawcy na prawidłową realizację zamówienia. Fakt, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu jako jedyny nie jest wystarczający do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Brak

jest podstaw do nałożenia na zamawiającego obowiązku przeprowadzania procedury wyjaśnień na okoliczność wystąpienia rażąco niskiej ceny w odniesieniu do każdej oferty z najniższą ceną lub w przypadku zaistnienia z góry określonej relacji arytmetycznej pomiędzy ceną oferty a szacunkową wartością zamówienia, czy cenami innych ofert. Zasadność wezwania powinna być analizowana każdorazowo, w zależności od przedmiotu zamówienia oraz sytuacji na danym rynku.

Z uwagi na powyższe, Izba nie wzięła pod uwagę cen zaoferowanych w innych postępowaniach przez poszczególnych wykonawców. Ponadto, każde z przywoływanych przez strony i przystępującego zamówień ma inny zakres i inne uwarunkowania co do jego realizacji, żadne z nich nie jest takie samo, zatem nie mogą stanowić dowodu na to, że zaoferowane w postępowaniu prowadzonym obecnie przez zamawiającego ceny są rażąco niskie.

Dowodu na zaoferowanie przez przystępującego rażąco niskiej ceny nie może stanowić kosztorys złożony przez odwołującego wraz z otrzymanymi przez odwołującego ofertami na poszczególne elementy zamówienia, bowiem jest to kalkulacja odwołującego, która w żaden sposób nie odnosi się do wyceny dokonanej przez przystępującego. Odwołujący nie wykazał, że otrzymane przez niego oferty na poszczególne elementy przedmiotu zamówienia zawierają najniższe ceny, jakie mogą zostać zaoferowane na rynku. Złożone przez odwołującego porównanie doświadczenia członków konsorcjum odwołującego i członków konsorcjum przystępującego nie może stanowić potwierdzenia możliwości uzyskania przez odwołującego najniższych na rynku cen. Przede wszystkim, posiadanego doświadczenia nie można badać jedynie przez pryzmat jednego roku, jak uczynił to odwołujący. Ponadto, jak podkreślił przystępujący, z czym Izba się zgodziła, kontakty handlowe, które mają wpływ na możliwość uzyskania rabatów „idą za człowiekiem” i nie wiążą się jedynie z okresem istnienia danej firmy. Podkreślenia wymaga również okoliczność, iż jak oświadczył przystępujący, Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „Wiktor” Sp.j. istnieje na rynku od 25 lat, zaś „CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S. A. od 50 lat. Tak długi okres funkcjonowania przedsiębiorstwa umożliwia nawiązanie kontaktów, które otwierają drogę do negocjacji korzystnych warunków cenowych. Potwierdzeniem realności zaoferowanej przez przystępującego ceny jest złożone przez przystępującego zestawienie cen, jak również ofert uzyskanych od dostawców na poszczególne elementy zamówienia.

W ocenie Izby, różnice między cenami ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu należy uznać za naturalny rezultat konkurencji pomiędzy wykonawcami. Brak jest zatem podstaw do stwierdzenia zaniechania zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4

ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z ustawą i treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba stwierdziła, że oferowany model paneli fotowoltaicznych został w sposób jednoznaczny wskazany w ofercie przystępującego, w tym m.in. w karcie katalogowej oferowanego modułu. Ze złożonych dokumentów wynika również spełnienie postawionych przez zamawiającego wymogów. Nie doszło zatem do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w tym zakresie, jak też do zaoferowania rozwiązań wariantowych. Ze względu na zastrzeżenie oferty przystępującego w przedmiotowym zakresie jako tajemnicy przedsiębiorstwa, co nie zostało zakwestionowane przez odwołującego, Izba nie może szerzej odnieść się do tego zarzutu.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Izba stwierdziła, że ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy 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. poz. 231) nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Bez wątplenia, wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa w sposób najbardziej pełny wskazuje na realne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. Oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia, czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia, należy dokonać indywidualnie w przypadku każdego postępowania.

Izba stwierdziła, że podmioty trzecie, na których wiedzę i doświadczenie powołał się przystępujący wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zobowiązały się udostępnić przystępującemu swoje zasoby na zasadzie doradztwa i konsultingu. Mając na uwadze, że zamawiający nie wymagał udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, oraz wysokie wymagania postawione przez zamawiającego wobec potencjału kadrowego, którym przystępujący dysponuje bezpośrednio, wśród których wymagano m.in. specjalistów z zakresu projektowania i montażu instalacji fotowoltaicznych, Izba uznała, że w tym konkretnym stanie faktycznym udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia może odbywać się poprzez konsultacje



i doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Co za tym idzie, wymaganie złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich na podstawie art. 24 ustawy Pzp byłoby pozbawione podstaw.

Odwołujący podniósł również, że występują sprzeczności w informacjach wskazanych w pozycjach 5-13 wykazu wykonanych robót budowlanych złożonego przez przystępującego w stosunku do stanu faktycznego. Izba stwierdziła, że przystępujący w złożonej ofercie wykazał spełnianie warunku i brak jest podstaw, aby kwestionować złożone przez przystępującego oświadczenia oraz poświadczenia przedłożone na potwierdzenie należytego wykonania robót. O nieprawdziwości złożonych przez przystępującego oświadczeń oraz poświadczeń złożonych na potwierdzenie wykonania robót nie mogą świadczyć złożone przez odwołującego dokumenty. Oświadczenie pana J..... C..... z dnia 18 marca 2014 r., iż to firma Elektronet zaprojektowała i wykonała instalację fotowoltaiczną w Zduńskiej Woli przy ul. Kaczej 12 w żaden sposób nie przeczy możliwości podzlecenia przez Elektronet J..... S..... wykonania tego zamówienia. Podobnie, rekomendacja ZAP-Kooperacja Sp. z o.o. wydana w dniu 18 marca 2014 r. dla Zakładu Usług Kooperacyjnych Sp. z o.o. nie przeczy możliwości zlecenia wykonania zamówienia innemu podmiotowi. Z kolei referencja wystawiona przez Zbych-Pol&Mobet Sp. zo.o. dla Euro Com Projekt Sp.j. oraz list referencyjny Burmistrza Mogilna z dnia 12 czerwca 2012 r. nie przeczy możliwości wykonania w Gminie Mogilno instalacji fotowoltaicznej. Potwierdzenie prawdziwości złożonych w ofercie przystępującego oświadczeń stanowią dokumenty złożone przez przystępującego na rozprawie, do których, z racji ich utajnienia, Izba nie może odnieść się szerzej w treści uzasadnienia. Co za tym idzie, brak jest podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Nie znajduje również oparcia w stanie faktycznym twierdzenie o zasadności wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Za niezasadne Izba uznała również twierdzenia odwołującego odnoszące się do zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na brak spełnienia warunku dotyczącego zdolności finansowej. Zamawiający w pkt 6.2 ppkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał wykazania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia znajdowaniem się w stabilnej sytuacji ekonomicznej i finansowej przez wykazanie m.in., że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 10 000 000 PLN.

Wskazać należy, że celem wymagania złożenia przez wykonawców polisy jest ocena sytuacji ekonomicznej i finansowej, w jakiej wykonawcy pozostają na dzień składania ofert, nie zaś zabezpieczenie realizacji przedmiotu zamówienia, co do którego odrębne wymagania

postawił zamawiający w § 14 Wzoru umowy (Załącznik nr 7 do specyfikacji). Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane polisa ma wykazywać ubezpieczenie w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Tym samym, nieuprawnione jest utożsamianie rodzaju działalności objętej ubezpieczeniem z opisem przedmiotu zamówienia, bowiem działalność objęta ubezpieczeniem ma być jedynie związana z przedmiotem zamówienia, a nie pokrywać się z nim.

Złożona przez przystępującego polisa typ 1301 nr 014531 wystawiona przez Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group dla P.B.U. Wiktor Sp. j. P. M..... i W. Ś..... spełnia ww. wymóg. Izba stwierdziła, że złożoną przez przystępującego w ofercie polisę należy czytać łącznie z załączonym do niej wnioskiem o ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, co wynika wprost z jego treści. We wniosku tym jako rodzaj prowadzonej działalności oprócz wymienionych nr PKD zawarto postanowienie „Zgodnie z KRS”. Izba stwierdziła przykładowo, że wskazany w pozycji 16 Rubryki 1 Działu 3 KRS nr 45.31A „Wykonywanie instalacji elektrycznych budynków i budowli” PKD z 2004 r. został zastąpiony w PKD z 2007 roku numerem 43.21Z „Wykonywanie instalacji elektrycznych” i 43.22Z „Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych”, co do których odwołujący wskazał w odwołaniu, że są związane z przedmiotem zamówienia. Podobnie, w przypadku wskazywanego przez odwołującego nr 43.99Z PKD z 2007 r., który zastąpił nr 45.22Z i 45.25 PKD z 2004 r. wymienione w pozycjach 14 i 15 Rubryki 1 Działu 3 KRS członka konsorcjum przystępującego.

Potwierdzeniem powyższego jest złożone przez przystępującego pismo Compensa Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group z 28 marca 2014 r. w którym przedstawiciel ubezpieczyciela oświadczył, że umowa ubezpieczenia zawarta została na cały zakres działalności ubezpieczającego, nie zaś jedynie w zakresie wyszczególnionych rodzajów działalności.

Nie potwierdził się również zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z uwagi na nie wykazanie spełniania warunku dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia. Z uwagi na utajnienie wykazu osób złożonego przez przystępującego w ofercie odwołujący przedstawił listę osób nie posiadających doświadczenia i specjalizacji do weryfikacji przez Izbę. Izba stwierdziła, że w wykazie osób złożonym przez przystępującego nie zostały wskazane osoby wymienione przez odwołującego w „Wykazie osób nie spełniających wymagań zamawiającego”. Izba uznała ponadto, że okoliczność, iż dana osoba pozostaje w dyspozycji jednego z wykonawców, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie wyklucza „bezpośredniego” dysponowania tą osobą przez innego

wykonawcę - możliwe jest bezpośrednio zaangażowanie danej osoby w ramach kilku projektów na rzecz kilku wykonawców. Tym samym, złożony przez odwołującego „Wykaz osób pozostających w dyspozycji innych firm” pozostaje bez znaczenia dla stwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku przez przystępującego.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu nie złożenia dokumentów dotyczących przynależności do grupy kapitałowej dla dwóch członków konsorcjum przystępującego. Izba stwierdziła, że sporne dokumenty zostały przekazane zamawiającemu w uzupełnieniu tj. wraz z pismem z dnia 11 marca 2014 r.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła wniosek zamawiającego o przyznanie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 PLN, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

**Przewodniczący:** .....