

WYROK

z dnia 21 września 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2016 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2016 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie (Lider), 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (Partner)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (Lider), 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu (Partner), 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Partner)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2

pkt 4 ustawy Pzp, odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 3 ustawy Pzp;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża: **Przystępującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (Lider), 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu (Partner), 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Partner)** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie (Lider), 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (Partner)** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od **Przystępującego** - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (Lider), 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu (Partner), 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Partner)** na rzecz **Odwołującego** wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: **1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, kwotę 23 796 zł 10 gr (słownie: dwudziestu trzech tysięcy siedmiuset dziewięćdziesięciu sześciu złotych dziesięciu groszy)**, tytułem zwrotu równowartości kwoty wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 6 września 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015r., poz. 2164 ze zm.) (dalej jako „ustawa Pzp”), odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: Blejkan S.A. (Lider) i Inżynieria Rzeszów S.A. (Partner), z siedzibą dla Lidera w Szczecinie (dalej jako „Odwołujący” lub „Blejkan”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Modernizację sieci kanalizacyjnej w Al. Krakowskiej” prowadzi Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dz. U. UE z dnia 27 lutego 2016 roku, pod numerem 2016/S 041-068165. Wartość Zamówienia przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Odwołanie wniesiono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o., Linter S.A. oraz Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN sp. z o.o. (dalej jako „PRIM”),
2. zaniechaniu wykluczenia PRIM jako podmiotu, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez PRIM jako oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i 90 ust. 3 Pzp poprzez błędną ocenę oferty PRIM i wyjaśnień PRIM złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp i art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PRIM oraz odrzucenia jego oferty wskutek niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 SIWZ.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert (w tym oferty PRIM) i wyboru oferty PRIM,

2. dokonania ponownej oceny ofert i:
3. odrzucenia oferty PRIM jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
4. wykluczenia PRIM oraz odrzucenia jego oferty wskutek niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 SIWZ,
5. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się w dniu 26.08.2016r., kiedy to Zamawiający powiadomił go o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PRIM. W piśmie tym Zamawiający poinformował, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza spełnia wymogi formalne i merytoryczne oraz uzyskała najwyższą liczbę punktów. Wskazano także jednocześnie, że odrzucono ofertę Per Aarsleff Polska sp. z o.o. i Per Aarsleff A/S, a także wykluczono konsorcjum M. sp. z o.o. i M. S.A. i odrzucono jego ofertę. Odwołanie wniesione zostało zatem w przepisany terminie. Wpis od odwołania, w kwocie stosownej wymaganej został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego.

Odwołujący podkreślił, że posiada interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. Pzp. Oferta Odwołującego jest jedyną (oprócz oferty PRIM, która została uznana za najkorzystniejszą) nie odrzuconą. W ocenie Odwołującego, także oferta PRIM powinna podlegać odrzuceniu, a wykonawca ten powinien zostać wykluczony. W takiej sytuacji oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Dokonane przez Zamawiającego naruszenia i zaniechania pozbawiają Odwołującego możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co stanowi jego szkodę uzasadniającą złożenie odwołania.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że wybór oferty najkorzystniejszej, który jest skarżony w odwołaniu jest drugim już wyborem dokonany przez Zamawiającego w postępowaniu. Pierwszej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej dokonał bowiem Zamawiający dnia 20.05.2016r. Wybór ten został zaskarżony przez trzech wykonawców i połączony do wspólnego rozpoznania (pod sygnaturami: KIO 906/16, KIO 917/16 oraz KIO 929/16). W wyroku wydanym wskutek rozpoznania tych odwołań Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym między innymi:

1. odtajnienie zastrzeżonej przez PRIM jako tajemnica przedsiębiorstwa treści załączników do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę,
2. wezwanie PRIM do złożenia w trybie art. 26 ust, 4 Pzp wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia

w zakresie waluty rozliczeniowej dla prac wykonywanych przez SMU 22 sp. z o.o. (dalej „SMU”) na rzecz Per Aarsleff A/S a wykazanych w poz. 1 wykazu robót.

Zarzut zaoferowania przez PRIM rażąco niskiej ceny

Odwołujący podnosił, że wyjaśnienia złożone przez PRIM nie potwierdzają, że zaproponowana przez niego w ofercie cena nie ma znamion rażąco niskiej.

W prowadzonym postępowaniu nie ma wątpliwości co do tego, że Zamawiający miał prawo i słusznie skorzystał z instytucji wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na cenę (art. 90 ust. 1 Pzp). Wystarczy bowiem wskazać na to, że cena zaoferowana przez PRIM jest o ok. 52 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia (powiększonej o VAT). W konsekwencji, szczególnie w świetle znowelizowanego art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający miał nie tylko prawo, ale wręcz obowiązek zastosować procedurę wyjaśnienia ceny. Zamawiający nie może korzystać z tej procedury niejako tylko dla formalizmu, tj. wówczas gdy ma uzasadnione przekonanie, że złożona oferta jest prawidłowo wyceniona, ale dla zwykłej formalności, ze względu na obowiązek z art. 90 ust. 1 Pzp, wzywa do tych wyjaśnień, w istocie ich wcale nie oczekując (tak np. KIO w wyroku z dnia 1 lipca 2013 roku, sygn. akt KIO 1424/13, trafnie stwierdziła, iż: „Jeżeli zamawiający uważa, że cena oferty jest prawidłowo skalkulowana, nie powinien wzywać do złożenia wyjaśnień”). To z kolei oznacza, że jak już Zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień, to musi dokonać ich rzeczywistej oceny, a nie zadowolić się samym faktem ich złożenia. Zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp, tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Stwierdzenie to wynika nie tylko z dotychczasowego orzecznictwa KIO i sądów okręgowych (tak np., wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r., (KIO/UZP 1415/09), także wyrok KIO z dnia 09.05.2013 r., (KIO 934/13). Zatem powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Zauważyć także należy, że utrwaliło się również w orzecznictwie stanowisko, że domniemanie rażąco niskiej ceny powoduje dla wykonawcy taki skutek, iż musi on je obalić w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w ramach procedury oceny ofert. Jakiegokolwiek później przedłożone dowody nie powinny mieć znaczenia dla obowiązku odrzucenia oferty wykonawcy. W konsekwencji w razie złożenia

odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami i potwierdzającymi je dowodami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy. Podkreślenia wymaga także to, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbytnia ogólnikowość) jak i brak dowodów stanowi podstawę do uznania, iż spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

PRIM odpowiedział na wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 18.04.2016r. (dalej jako: „Wyjaśnienia I”). Odpowiedź ta nie wystarczyła jednak Zamawiającemu (uznał on, że odpowiedź ta nie obala domniemania rażąco niskiej ceny), tym samym wezwał go ponownie do złożenia wyjaśnień, pismem z dnia 26.04.2016 r. W piśmie tym zapytał o konkretne pozycje, które powinny składać się na cenę ofertową. Na zapytanie to PRIM odpowiedział pismem z dnia 29.04.2016r. (dalej jako „Wyjaśnienia II”).

Wyjaśnienia I składają się z dwóch części, tj. części ogólnej i załączników w postaci kalkulacji cenowej i oferty na panele GRP. Wyjaśnienia II także składają się z ogólnych wywodów i wyciągów z orzecznictwa KIO, odpowiedzi na pytania Zamawiającego, a także pisma od dostawcy paneli GRP. Na marginesie tylko Odwołujący dodał, że zarzut rażąco niskiej ceny nie był przedmiotem rozpoznania w sprawie o sygn. akt KIO 929/16, bowiem Izba uznała go za przedwczesny, w świetle uwzględnienia zarzutu o bezpodstawnym utajnieniu Wyjaśnień PRIM.

Część ogólna Wyjaśnień PRIM jest bardzo ogólna i nic nie wnosząca do obalenia domniemania występowania w ofercie PRIM rażąco niskiej ceny. Przeważająca część ogólnych Wyjaśnień odnosi się do cen innych ofert oraz do powoływania się na orzecznictwo KIO, które nie ma związku ze sprawą. Te twierdzenia oczywiście nie mogą prowadzić do obalenia tego domniemania. Ponadto w części ogólnej Wyjaśnień PRIM wykonawca powołuje się na to, że wycena została sporządzona z uwzględnieniem własnego znacznego doświadczenia wszystkich konsorcjantów. Także i to stwierdzenie w żaden sposób nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Zauważyć bowiem należy, że każdy z wykonawców ubiegających się o zamówienie posiada znaczne doświadczenie w realizacji podobnych zamówień i PRIM w żaden sposób nie znajduje się w uprzywilejowanej pozycji w odniesieniu do innych wykonawców. Co więcej gdyby porównywać doświadczenie własne wszystkich wykonawców, to doświadczenie PRIM (jego konsorcjantów) jest istotnie mniejsze od doświadczenia Odwołującego, albowiem Blejkan S.A. jest zdecydowanym liderem rynku usług modernizacji kanalizacji (w ostatnich kilku latach Biejkan S.A. był największym zarówno co do ilości jak i wartości wykonawcą na tym rynku, podczas gdy konsorcjant PRIM realizowali stosunkowo mało zamówień). Potwierdzeniem tego jest także oferta PRIM

i wykazane przez tego wykonawcę doświadczenie, które nie jest doświadczeniem własnym tylko użyczonym w trybie art. 26 ust. 2b Pzp od SMU oraz Per Aarsleff. Oznacza to, że twierdzenie, na które powołuje się PRIM nie tylko nic nie wnosi do sprawy, ale jest wręcz wysoce niewiarygodne.

PRIM w części ogólnej Wyjaśnień wskazuje, że dokonał wyceny swej oferty z uwzględnieniem analizy własnej i ofert dostawców materiałów. Warto jednak zauważyć, że choć na tym wykonawcy spoczywał ciężar wykazania swych twierdzeń i złożenia dowodów, załączył tylko ofertę na panele GRP. To pokazuje, że Wyjaśnienia PRIM są całkowicie gołosłowne, a cena jest oderwana od rzeczywistych kosztów realizacji. Nic nie stało bowiem na przeszkodzie, aby PRIM, jeżeli miał takie oferty (a w szczególności oferty podmiotów trzecich udostępniających mu zasoby), załączył je do Wyjaśnień. Warto zauważyć, że do realizacji zamówienia niezbędne są w szczególności takie grupy materiałowe jak:

- panele GRP,
- wysokiej klasy masa betonowa zalewowa (iniekt), bazalt wraz z klejami,
- chemia budowlana,
- paliwo

Tymczasem PRIM załączył dowód tylko w odniesieniu do jednej grupy materiałowej tj. paneli GRP. Rzeczywiście jest to najistotniejsza grupa materiałowa niezbędna do realizacji zamówienia, niemniej jednak jest jeszcze wiele innych materiałów istotnie wpływających na oferowaną cenę, które to każdy wykonawca musi nabyć, aby zrealizować przedmiot zamówienia. PRIM w tym zakresie nie złożył dowodów potwierdzających koszty ich nabycia. Zatem złożony przez PRIM dowód dotyczy jedynie części ceny i w żaden sposób nie może ona samodzielnie dowodzić, że cen PRIM nie jest rażąco niska. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że Konsorcjum Blejkan w swych wyjaśnieniach ceny złożyło dowody w postaci ofert podwykonawców potwierdzające co najmniej koszt takich materiałów jak: panele GRP, materiały budowlane oraz koszt podwykonawców realizujących prace takie jak: roboty w renowacji bezwykopowej; roboty ziemne, modernizacja studni rewizyjnych; modernizacja komór połączeniowych. Porównanie tych wyjaśnień z Wyjaśnieniami PRIM pokazuje na brak rzetelności tych drugich i brak obiektywnych przeszkód do wykazania twierdzeń konkretnymi dowodami (np. w postaci ofert dostawców i podwykonawców),

Zdaniem Odwołującego nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę niższą niż zaoferowana przez niego. Nie jest także możliwe pozyskanie z rynku korzystniejszych ofert od dostawców materiałów i podwykonawców niż te, które otrzymał Odwołujący i które załączył do swych wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny. Powyższe twierdzenie wynika z faktu, że Blejkan S.A. jest zdecydowanym liderem rynku usług modernizacji kanalizacji w kilku ostatnich latach, osiągając z tego rodzaju działalności bardzo wysokie przychody

i zyski. To powoduje, że Blejkan S.A. zamawia bardzo duży wolumen dostaw materiałów i urządzeń oraz współpracuje z grupą stałych i licznych podwykonawców działających na terenie całej Polski, co umożliwiło na wypracowanie najwyższych rabatów i najniższych cen. Wysoce wątpliwe, a wręcz nierealne jest zatem, aby PRIM mógł otrzymać korzystniejsze oferty od podwykonawców lub dostawców, albo aby miał korzystniejsze warunki do realizacji tych prac we własnym zakresie. Potwierdzeniem powyższego jest choćby porównanie kosztów paneli GRP. Zarówno Blejkan jak i PRIM załączyli do swych wyjaśnień oferty na panele GRP. Nie ujawniając tajemnicy przedsiębiorstwa Blejkan wskazać jedynie można na bardzo istotną różnicę w uzyskanych ofertach, ze zdecydowaną korzyścią dla Blejkana.

Postanowienia zawarte w art. 90 ust. 1 pkt 1) i 2) Pzp nakazują udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy; pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Trudno jest, w kontekście brzmienia powyższego przepisu uznać, iż Wyjaśnienia PRIM spełniały powyższe wymagania.

Wskazać także należy, że w związku z jednoznacznym i oczywistym przerzuceniem ciężaru wykazania kwestii braku rażąco niskiej ceny, Odwołujący nie ma obowiązku dowodzenia w tym zakresie. Z tego też powodu za całkowicie wystarczające do uznania zasadności odwołania są powyższe rozważania i twierdzenia.

W części szczegółowej Wyjaśnień I PRIM, oprócz oferty na panele GRP, wykonawca załączył też bardzo ogólną kalkulację ofertową. Pozycje, na których najbardziej została przez PRIM zaniżona cena to:

- dokumentacja projektowa, wraz z niezbędnymi dokumentami, pozwoleniami i uzgodnieniami,
- ubezpieczenia i gwarancje,
- dokumentacja powykonawcza,
- iniekt,
- montaż modułów z iniektowaniem oraz przepompowywaniem ścieków.

Nie ma możliwości, by wykonać te pozycje za stawki podane przez PRIM. Na marginesie można wskazać, że być może, wykonawca ten nie ma nawet świadomości realnych kosztów związanych z tymi pracami, bowiem nigdy prac o takim zakresie i rozmiarze nie wykonywał. Koszty te zostały ujęte w Wyjaśnieniu I na istotnie zaniżonym w stosunku do rzeczywistości poziomie. Nie jest możliwe, aby koszty te kształtowały się na

takim poziomie. Ich rzeczywista wysokość jest zdecydowanie wyższa i to na takim poziomie, że uniemożliwia wykonanie całości zamówienia bez bardzo istotnej straty.

Abstrahując od powyższego należy podkreślić, że załączona przez PRIM oferta na panele zawiera w sobie wyłącznie koszt samych paneli oraz ich transportu na budowę. Oferta nie zawiera w sobie montażu tych paneli, do którego potrzeba osób o wysokich kwalifikacjach. Zaproponowana przez tego wykonawcę cena jednostkowa w wysokości 300,00 zł za montaż mb paneli jest ceną całkowicie nierealną i nierzeczywistą. Zauważyć bowiem należy, że pozycja ta obejmuje nie tylko sam montaż paneli GRP w kanale (czyli ich umieszczenie w kanale, ułożenie i połączenie poszczególnych paneli), ale także zainiektowanie czyli zalanie przestrzeni pomiędzy panelem, a kanałem oraz przepompowywanie ścieków (czyli odpowiednie ustawienie pomp wraz z rurami, jak i koszt paliwa niezbędnego do uruchomienia pomp, jak i sam koszt wypożyczenia, ewentualnie amortyzacji pomp). Dodatkowo parametry techniczne paneli GRP budzą wątpliwości co do prawidłowości ich doboru, co skutkować może znacznym wzrostem cen ich nabycia w stosunku do ceny wykazanej w Wyjaśnieniach I.

W drugim wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny, Zamawiający dostrzegając mankamenty złożonej przez PRIM kalkulacji zadał konkretne pytania odnośnie określonych pozycji składających się na przedmiot zamówienia. Zapytał też, koszty jakich robót zostały zminimalizowane i co umożliwiło ich zminimalizowanie.

W odpowiedzi, jako źródła oszczędności PRIM wskazał lokalizację siedziby lidera konsorcjum, lokalnie zamieszkałych pracowników, a także własnej bazy sprzętowej.

Twierdzenia te są niezrozumiałe, W pierwszej kolejności, siedziba lidera konsorcjum znajduje się w Katowicach, natomiast zamówienie będzie realizowane w Warszawie. Z całą pewnością nie można stwierdzić, że jest to „bliska lokalizacja”. Co więcej, żaden z pozostałych konsorcjantów nie ma siedziby w Warszawie, co tylko potwierdza pozorność tego oświadczenia. W drugiej kolejności należy przypomnieć, że PRIM powołał się na zasoby ukraińskiej spółki SMU 22 sp. z o.o., która realizować ma przedmiot zamówienia jako podwykonawca. Jest to spółka zlokalizowana i działająca na Ukrainie, w Odessie. Jest to miejsce oddalone o ponad 1200 km oraz co najmniej 20 godzin jazdy od miejsca realizacji zamówienia. Jednocześnie, jest to spółka, która nie prowadzi działalności, nie ma oddziału na terytorium Polski. Do kosztów tego podwykonawstwa należy więc doliczyć koszt transportu oraz zakwaterowania pracowników, a pamiętać należy, że Warszawa jest najdroższym rynkiem w Polsce, jeśli chodzi o wynajem nieruchomości. Dodatkowo zauważyć należy, że nawet gdyby pracownicy przeznaczeni do wykonania tego zamówienia pochodziliby z Warszawy to i tak korzyści z braku delegacji skonsumowane byłyby poprzez

wyższe wynagrodzenia osób z Warszawy i okolic. Powszechną bowiem wiedzą jest, że pracownicy z Warszawy mają najwyższe w Polsce wynagrodzenia.

Odpowiadając na pytania o konkretne pozycje kosztowe, PRIM wskazał, że rozdzielił je pomiędzy poszczególne pozycje z kosztorysu. Znamiennym jest jednak, że wykonawca ten w żadnym punkcie nie wskazał konkretnej pozycji (np. w pkt 5.1, 7.5), lecz wskazywał generalnie, że koszty te znajdują się w poz. 7, 8, 9. Sam sposób tego wskazania dowodzi pozorności tych oświadczeń oraz nierzetelności sporządzonego kosztorysu i uniemożliwia ich weryfikację przez Zamawiającego. W jeszcze większym stopniu o nierzetelności tej świadczy jednak co innego. W odniesieniu bowiem do prawie wszystkich pozycji, o które dopytywał Zamawiający, wykonawca ten wskazał, że zostały one między innymi uwzględnione „w kosztach zarządu jako ryzyka kontaktowe”. W kosztach tych (oszacowanych na 600,000,00 zł) wykonawca uwzględnił rzekomo takie koszty jak koszty związane z próbami opisanymi w PFU, koszty związane z utylizacją odpadów wytworzonych przez wykonawcę, koszty związane z likwidacją przecieków wody gruntowej do kolektora, koszty związane z wykonaniem rurociągów i urządzeń do przepompowywania ścieków, koszty związane z przepompowywaniem ścieków i wód opadowych oraz odpowiedniej instalacji w trakcie zwiększonego napływu ścieków. Twierdzenia PRIM o uwzględnieniu tych kosztów w „w kosztach zarządu jako ryzyka kontaktowe” są absurdalne. Przede wszystkim, koszty te absolutnie nie są ryzykami kontraktowymi. Ryzyko kontraktowe urzeczywistnia się bowiem w następstwie niedotrzymania zobowiązań umownych przez uczestników transakcji, albo w wyniku wystąpienia okoliczności od nich niezależnych, mających dla nich charakter siły wyższej. Wyżej wymienione elementy nie mają charakteru okoliczności niemożliwych do przewidzenia, czy będących wynikiem działania siły wyższej. Wręcz przeciwnie, są to zdarzenia pewne, część obowiązków kontraktowych nałożonych na wykonawcę na mocy SIWZ. Koszty zarządu są to natomiast koszty opłacenia kadry menadżerskiej, a także koszty koordynacji współpracy na poziomie poszczególnych konsorcjantów (które w wypadku konsorcjum składającego się z trzech podmiotów, a także dwóch podmiotów udostępniających swoje zasoby, mogą być znaczne).

Tym samym, część szczegółowa Wyjaśnień II tym dobitniej wskazuje na nierzetelność i nierealność załączonej przez PRIM kalkulacji, PRIM nie mając gdzie wskazać tych kosztów, wskazał, że rzekomo ujęte zostały w kosztach zarządu. To pokazuje na całkowitą nierzetelność tych wyjaśnień i problemy tego wykonawcy z odpowiedzią na szczegółowe pytania Zamawiającego.

Należy także zauważyć, że PRIM w formularzu ofertowym (część III pkt 8) wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom następujące części zamówienia:

- część robót budowlano-montażowych, opracowanie dokumentacji projektowej, renowacja studni i komór, wprowadzenie tymczasowej organizacji ruchu, roboty drogowe, obsługa geodezyjna. Ponadto choć PRIM wskazał, że zamierza korzystać z zasobu podmiotu trzeciego (SMU-22 sp. z o.o., a także Per Aarsleff Polska sp. z o.o.), to jednak nie została załączona do wyjaśnień oferta od tych podmiotów na wykonanie robót w charakterze podwykonawcy. Należy też mieć na uwadze, że oferta złożona przez Per Aarsleff była droższa od oferty PRIM, a także, że zwykle marże narzucane przy realizacji jedynie fragmentu zamówienia są wyższe od marży stosowanych przy realizacji całego zamówienia. To także wskazuje na nierealność kalkulacji PRIM. Opisane części zamówienia stanowią około 60-70% wartości całości zamówienia, choć w praktyce mogłoby to być nawet 100%, albowiem pojęcie „robót budowlano- montażowych” jest bardzo szerokie. Tymczasem w Wyjaśnieniach PRIM wskazuje, że znaczny zakres zamówienia wykonany zostanie siłami własnymi konsorcjum. Ta istotna sprzeczność budzi bardzo poważne wątpliwości co do rzetelności tych Wyjaśnień PRIM, tym istotniejszych, że Wyjaśnienia PRIM nie zostały potwierdzone praktycznie żadnymi dowodami.

Co więcej pomimo tego, że nawet gdyby przyjąć za Wyjaśnieniami PRIM (choć stoi to w sprzeczności z treścią oferty), że faktycznie większość zamówienia zostanie wykonana siłami własnymi to i tak oznacza to, że część prac ma być wykonywana przez podwykonawców. Pomimo tego PRIM nie załączył do Wyjaśnień PRIM żadnych dowodów wskazujących na koszty pracy podwykonawców, choć nie było ku temu żadnych obiektywnych przeszkód.

Brak spełniania przez PRIM warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w pkt 5.1.2 SIWZW wskazał, że ubiegać się o zamówienie mogą wykonawcy spełniający wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia tj. wykonania w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej 2 roboty budowlane polegające na modernizacji sieci kanalizacyjnej polegającej na renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych, o wartości każdej z nich (tj. roboty) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 10.000,000,00 zł bez podatku VAT.

Zgodnie z punktem 5.3. SIWZ, w celu przeliczenia na złotych (PLN) wszystkich wartości i danych finansowych podanych w innych walutach, Zamawiający zastosuje średni kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) aktualny na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

PRIM w swoim pierwotnym wykazie usług złożonym wraz z ofertą wskazał dwa zamówienia (s. 27 oferty) wykonane przez podmiot udostępniający mu zasoby - SMU-22:

modernizację magistrali systemu kanalizacji od osiedla Donskoj do osiedla Cwietoczny, a także na wykonanie renowacji sekcji głębokiego kolektora tunelu od MH nr 1 do nr 2 w Odessie (dalej jako: „Renowacja kolektora”). Wartość prac związanych z Renowacją kolektora określono w wykazie usług na 3 500 000,00 \$. Załączono też poświadczenie, w którym podano jedynie wartość w USD (s. 30 oferty). Na to samo zamówienie powołało się Konsorcjum Per Aarsleff, a z przedłożonego przez nich dokumentu (s. 16 oferty Per Aarsleff) wynikało, że całe zamówienie (którego Generalnym Wykonawcą był Per Aarsleff) opiewało na kwotę 59.024.102,75 UAH, co stanowiło równowartość 5 635 861,74 Euro. Powyższe pozycje zostały zakwestionowane przez Blejkan w odwołaniu z dnia 30 maja 2016 r. W uzasadnieniu wskazano, że przeliczeń powinno się dokonywać z UAH jako waluty kontraktu, a nie z dowolnie wybranej przyjętej innej waluty, czyli USD. W takim przypadku, stosując dzień przeliczenia wynikający z pkt 5.3 IdW okazuje się, że wartość kontraktu, na który powołuje się PRIM nie osiąga referencyjnego poziomu czyli 10.000,000 PLN. Niewątpliwie więc kwestia ta była poddana pod rozstrzygnięcie w sprawie o sygn. KIO 929/16. KIO w wyroku z dnia 27.06.2016 r. (dalej jako: „Wyrok”) zarzut ten co do zasady podzieliła, nakazując wezwanie Konsorcjum PRIM do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie: waluty rozliczeniowej dla prac wykonywanych przez SMU oraz terminów realizacji robót wykonywanych przez SMU na rzecz Per Aarsleff A/S a wykazanych w poz. 1 wykazu robót (por. pkt 1C b) sentencji wyroku).

Bardzo istotne jest uzasadnienie KIO (s. 57-58 wyroku), z którego w sposób oczywisty wynika, że wartość referencyjnych prac powinna być rozliczana wg waluty kontraktu, a nie wg waluty z poświadczenia wydanego przez Per Aarsleff. Zwrócić przede wszystkim należy uwagę na następujące stwierdzenia wyroku: *„Na wstępie należy poczynić uwagę, że opisany w pkt 5.3, IDW sposób przeliczania wartości na złote jest jednoznaczny, tj. wszelkich przeliczeń należy dokonywać w oparciu o średni kurs NBP aktualny na dzień publikacji ogłoszenia. Postanowienie to nie było kwestionowane przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Wobec powyższego argumentacja uczestnika postępowania odwoławczego - Konsorcjum PRI METRO podnoszona na rozprawie, a dotycząca okoliczności wskazujących na znaczne spadki kursu hrywny nie zasługuje na uwzględnienie. Izba stoi na stanowisku, iż odwołujący III słusznie zauważył, że przy przeliczeniu wartości należy wziąć pod uwagę wartości wyrażone w walutach wskazanych w kontraktach, na podstawie których wykonywane były roboty, wykazywane w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a nie w walutach wynikających z referencji.”*

Izba jedynie uznała zarzut naruszenia w tym zakresie art. 26 ust. 3 za przedwczesny, albowiem wg KIO najpierw wyjaśnienia wymagała kwestia w jakiej walucie zawarty został kontrakt na Renowację kolektora. Powyższe oznacza, że prawomocnie rozstrzygnięta została kwestia sposobu liczenia wartości referencyjnych robót (tj. od waluty kontraktu i wg kursu z dnia wskazanego w pkt 5-3 IdW). Co istotne wyrok KIO nie został zaskarżony w tym zakresie. Powyższe oznacza, że wszystkie strony postępowania przed KIO, w tym m.in. Zamawiający, Blejkan i PRIM związane są tym wyrokiem i wskazanym w nim sposobem wyliczania wartości referencyjnej roboty. Nie ma zatem żadnej możliwości stosowania innego sposobu przeliczenia niż ten, który został określony w wyroku KIO.

Tym samym, jeżeli roboty wskazane w poz. 1 wykazu usług PRIM rozliczane były w UAH, należy ich wartość przeliczyć z UAH (a nie z USD) na PLN wg kursu z dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu. To oznacza, że wartość tych prac nie osiągnęła referencyjnego pułapu 10.000.000 PLN i bez znaczenia są tu argumenty dotyczące spadku wartości tej waluty.

W celu wykonania Wyroku KIO, Zamawiający wezwał PRIM pismem z dnia 12 lipca 2016 roku do wyjaśnienia, jaka była waluta rozliczeniowa, wartość prac oraz jakie były terminy realizacji inwestycji wskazanej w poz. 1 wykazu robót.

W odpowiedzi na to zapytanie, PRIM pismem z dnia 15 lipca 2016 roku wskazało, że walutą rozliczeniową była hrywna, jednocześnie jednak powtórzył jedynie, że wartość prac wynosiła 3.500.000,00 USD, nie podając tej wartości w hrywnach.

W konsekwencji, pismem z dnia 10 sierpnia 2016 roku Zamawiający wezwał PRIM, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunków posiadania wiedzy i doświadczenia. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający wskazał, co następuje: „Zgodnie z wyrokiem z dnia 27 czerwca 2016 roku wraz z jego uzasadnieniem KIO w sprawie o sygn. akt KIO 929/16 do przeliczenia wartości kontraktu realizowanego w walucie obcej należy przyjąć walutę rozliczeniową wskazaną w kontrakcie, na podstawie którego wykonane były roboty wykazywane w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Praca wykazywana w Lp. I była rozliczana w hrywnach, tak więc wartość tych prac jest niższa niż 10.000.000,00 zł Zamawiający w związku z powyższym wzywa Państwa do uzupełnienia oferty w zakresie dokumentu, o którym mowa w pkt 6.3. IDW poprzez wykazanie spełnienia wymagań, o których mowa w pkt 5.1.2. IDW”.

Zamawiający prawidłowo uznał więc, że roboty wskazane w poz. 1 wykazu usług PRIM wykonywane w Odessie nie spełniają warunków Zamawiającego, bowiem wartość tych prac jest mniejsza niż wartość wymagana przez Zamawiającego. Stanowisko to zaakceptował też PRIM, gdyż stanowiska tego nie zakwestionował. Należy bowiem wskazać,

że termin na złożenie odwołania od czynności Zamawiającego upływał 10 dni po otrzymaniu wezwania przez PRIM. Tym samym, także PRIM miał świadomość, że w świetle jednoznacznego brzmienia Wyroku, roboty wskazane w poz. 1 nie spełniają wymogów Zamawiającego. W konsekwencji Zamawiający nie mógł być uznać doświadczenia z poz. 1 wykazu usług jako spełniającego postawiony w SIWZ warunek. Odwołujący nie ma jednak pewności czy doświadczenie z tej pozycji Zamawiający uznał czy też nie, nie wynika to bowiem z informacji o wyborze. Stąd też Blejkan kwestionuje także tę pozycję wskazując, że: po pierwsze, względy o charakterze formalnym, tj. związanie wyrokiem w sprawie o sygn. KIO 929/16 uniemożliwiają przyjęcie odmiennej interpretacji postanowień SIWZ niż zostały one wskazane w ww. orzeczeniu (tj. o sposobie przeliczenia wartości podanych w walutach obcych, czyli z waluty kontraktu na PLN, a nie z innej waluty czyli USD na PLN), po drugie, Blejkan podtrzymuje wskazane wyżej uzasadnienie, potwierdzające konieczność dokonywania przeliczeń z waluty kontraktu na PLN, a nie z jakiegokolwiek innej waluty (nie mającej związku z kontraktem) na PLN.

Po wezwaniu Zamawiającego z dnia 10.08.2016 r., PRIM pismem z dnia 16.08.2016 r. zmienił załącznik nr 5 do oferty - „Wykaz wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych” i przedłożył Zamawiającemu zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów wraz z referencjami, spełniającymi wymagania opisane w IDW.

Roboty, które w chwili obecnej wskazywane są przez PRIM jako roboty potwierdzające posiadanie przez niego wymaganej wiedzy i doświadczenia to (oprócz poz. 2 z pierwotnego wykazu robót) inwestycja pn. „Modernizacja sieci kanalizacyjnej kolektor od Czarodziejskiej do Wilgi w Krakowie” - na rzecz MPWiK S.A. w Krakowie. Co znamienne, roboty te zostały wykonane przez Per Aarsleff Polska sp. z o.o., tj. podmiot, który samodzielnie ubiegał się o udzielenie zamówienia, którego oferta została jednak odrzucona, ze względu na oferowanie rażąco niskiej ceny. Najistotniejszy jest jednak fakt, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów udzielone zostało dnia 16.08.2016 r., tj. już znacznie po dniu otwarcia ofert. Oznacza to, że na dzień składania ofert PRIM nie dysponował tym zasobem wystarczającym doświadczeniem do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Należy w tym miejscu przywołać dyspozycję art. 26 ust. 2a Pzp (w brzmieniu obowiązującym dla zamówienia), zgodnie z którą Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert; spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1. Oznacza to w szczególności, że już na dzień składania ofert wykonawca powinien dysponować zobowiązaniem podmiotu trzeciego do oddania mu zasobów. W innym bowiem wypadku, nie posiadałby wymaganego

do udziału w postępowaniu doświadczenia, a w konsekwencji, jego udział w postępowaniu byłby nieuprawniony.

Niezależnie od „linii obrony” jaką przyjmie PRIM w celu wyjaśnienia ww. okoliczności, należy wskazać z całą stanowczością, że nie ma możliwości, by PRIM dysponował zobowiązaniem Per Aarsieff w dniu składania ofert. Świadczą o tym następujące okoliczności.

W pierwszej kolejności, Per Aarsleff jest podmiotem, który sam ubiegał się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Tym samym, nie było w jego interesie zwiększanie konkurencji w postępowaniu. W drugiej kolejności, Per Aarsleff zaoferował wyższą cenę ofertową, niż PRIM. Biorąc pod uwagę, że ma on być rzekomo podwykonawcą PRIM, udzielającym mu zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia (tj. swoich najbardziej wykwalifikowanych pracowników), nie ma ekonomicznie i biznesowo możliwości, by oferta podwykonawcza złożona PRIM przez Per Aarsleff była korzystniejsza, niż cena oferowana przez Per Aarsleff w przetargu. Stawia to w wątpliwość realność tego użyczenia, a także rodzi dalsze wątpliwości w zakresie zaoferowanej przez PRIM rażąco niskiej ceny.

Ponadto, nawet gdyby uznać, że Per Aarsleff mógł złożyć ofertę podwykonawczą swojemu konkurentowi startującemu w tym samym przetargu (co jest systemowo i etycznie wątpliwe), to jest to mało prawdopodobne z punktu widzenia gospodarczego. Należy bowiem wskazać, że wskutek pierwotnej oceny ofert, Zamawiający odrzucił ofertę Per Aarsleff, jako ofertę zawierającą rażąco niską cenę. Od tej decyzji wykonawca ten złożył odwołanie, jednocześnie wnosząc w nim o wykluczenie wykonawcy PRIM i odrzucenie jego oferty. Per Aarsleff dostarczył także dowody, którymi nie dysponował żaden inny wykonawca (umowy z podmiotem ukraińskim, na które to roboty powoływał się PRIM), kwestionujące podaną przez PRIM wartość prac. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Per Aarsleff działał z pełną determinacją w celu usunięcia PRIM z przedmiotowego postępowania, jednocześnie, złożenie odwołania obarczone było dużym ryzykiem - wyjaśnienia Per Aarsleff w zakresie rażąco niskiej ceny były bowiem nad wyraz lakoniczne i tak doświadczony podmiot musiał mieć pełną świadomość, że ciężko będzie je obronić i „przywrócić się” do udziału w postępowaniu. Mimo tego wykonawca ten zaryzykował utratę wysokiej opłaty od odwołania oraz kosztów zastępstwa. Gdyby faktycznie Per Aarsleff był podwykonawcą PRIM od dnia złożenia ofert, podmiot ten najpewniej nie złożyłby odwołania. Miałby bowiem świadomość, że nawet pomimo tego, że nie uzyska zamówienia osobiście, to i tak na nim zarobi jako podwykonawca, a co bardziej istotne - zdobędzie doświadczenie i referencje niezbędne do udziału w kolejnych przetargach. Złożenie odwołania mogło wykluczyć obie te możliwości, co wskazuje, że sytuacja taka nie miała miejsca. Także dla PRIM, współpraca podwykonawcza z Per Aarsleff nie miała innego sensu, niż tylko uzyskanie referencji

wymaganych przez Zamawiającego. Oczywistym jest bowiem, że każdy podwykonawca do swojej oferty kosztowej dorzuca odpowiednią marżę, która bezpośrednio umniejsza zysk wykonawcy. Realizacja większego zakresu prac przez podwykonawców wpływa też na mniejsze doświadczenie pracowników generalnego wykonawcy. Na marginesie tylko wskazać należy, że pomimo tego, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów Per Aarsleff datowane jest na 16.08.2016 roku, wykaz robót podpisany przez PRIM został podpisany z datą 11.04.2016r. Oznacza to, że PRIM złożył dokument poświadczający nieprawdę, w zakresie daty jego wystawienia. Skoro bowiem 16.08.2016r. doszło do udostępnienia zasobu przez Per Aarsleff, to w jaki sposób 4 m-ce wcześniej p. Artur Król miał sporządzić wykaz uwzględniający inwestycję wykonaną przez Per Aarsleff.

W ocenie Odwołującego, współpraca pomiędzy PRIM a Per Aarsleff została nawiązana dopiero po rozpoznaniu odwołania KIO 929/16 (tj. ostatecznym odrzuceniu oferty Per Aarsleff), a także uzyskaniu przez PRIM informacji o zakwestionowaniu przez Zamawiającego inwestycji wykonanej w Odessie przez SMU. W konsekwencji, na dzień składania ofert PRIM dysponował wyłącznie udostępnieniem zasobów co do jednej roboty spełniającej wymóg SIWZ, a nie dwóch prac, jak tego wymagał Zamawiający.

Podsumowując należy powtórzyć, że PRIM nie spełnia wymogów posiadania wystarczającej wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem (pkt 5.1.2 SIWZ) wykonania co najmniej dwóch robót o wartości co najmniej 10 milionów zł netto każda. Jednocześnie w pkt 5.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że wartości podane w innych walutach przeliczać będzie na PLN wg średniego kursu NBP aktualnego na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Pierwotnie przywołane przez PRIM w poz. 1 wykazu robót prace (inwestycja w Odessie) nie spełniają tego wymogu, bowiem walutą rozliczeniową dla tego kontraktu były hrywny. Przeliczając wartość robót zgodnie z wymogiem SIWZ, roboty te nie spełniają więc wymogów Zamawiającego, nie osiągają one bowiem wymaganej wartości.

Prace wykazane w zmienionym przez PRIM wykazie robót (inwestycja w Krakowie) także nie spełniają wymagań Zamawiającego - PRIM nie dysponował bowiem tym zasobem na dzień składania ofert.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podkreślił, że odwołanie należy uznać za uzasadnione.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień udzielanych przez wykonawców w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dokumentów uzupełnionych przez wykonawców na wezwanie zamawiającego, materiałów złożonych na rozprawie

i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania, zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z powodu niepotwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, oznacza, że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 8 września 2016 roku, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, konsorcjum w składzie: 1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (Lider), 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu (Partner), 3) Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Partner). Przystąpienie uznano za skuteczne.

W dniu 16 września 2016 roku Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni w całości odwołanie o sygn. akt KIO 1640/16. Na rozprawie w dniu 19 września 2016 roku Przystępujący konsorcjum PRIM złożyło oświadczenie, że korzystało będzie z prawa do wniesienia sprzeciwu wobec uwzględnienia zarzutów odwołania. Wykonawca złożył pismo procesowe wraz z materiałem dowodowym, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Izba dokonując ustaleń faktycznych odnośnie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wzięła pod uwagę wynikające z odwołania oraz

rozprawy postanowienia SIWZ i ogłoszenia, zgromadzony materiał dowodowy, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2016 roku (sygn. akt KIO 906/16, 917/16, 929/16) stwierdzając zarazem, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przytoczył istotne dla rozstrzygnięcia zapisy ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, PFU, treść wezwań kierowanych przez Zamawiającego do wykonawców oraz treść złożonych przez wykonawców wyjaśnień.

Przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia skład orzekający Izby uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 12 kwietnia 2016 roku zwrócił się do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym do złożenia dowodów, wskazując jednocześnie przykładowo, że dowodami tymi mogą być szczegółowa kalkulacja czy kosztorys.

Wartość zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę 26.000.000,00 zł netto (31.980.000,00 zł z podatkiem VAT). Cena oferty Przystępującego opiewa na kwotę 15 375 000,00 zł z podatkiem VAT, a zatem jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia. Wyrokiem z dnia 27 czerwca 2016 roku KIO nakazała odrzucenie oferty wykonawcy, który zaoferował cenę za wykonanie zamówienia w wysokości 6.409.676,00 zł z podatkiem VAT, stwierdzając, że wykonawca ten nie sprostował wezwaniu do złożenia odpowiednio umotywowanych i udowodnionych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Rozpoznając zarzut odnoszący się do wyjaśnień cenowych złożonych przez konsorcjum PRIM, z uwag natury ogólnej zauważyć należy, iż zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Możliwość zastosowania przywołanego przepisu poprzedzona być musi wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy

zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej. Ustawodawca nie przewidział bowiem procedury automatycznego odrzucania oferty z najniższą, tudzież najwyższą ceną i wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Zgodnie zaś z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp: *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z późn. zm.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny

nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (jeżeli takie podano), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia, a także przez pryzmat złożonych dowodów, które wymienione założenia wykonawcy potwierdzają, jak choćby oferty handlowe.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wzywał Przystępującego do wyjaśnień trzykrotnie. O ile pierwsze z wezwań miało charakter ogólny, wskazywało jedynie na wartość szacunkową zamówienia i brzmienie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o tyle drugie z wezwań było już bardzo szczegółowe, wykonawcy zadano 9 precyzyjnie sformułowanych pytań o określone pozycje kosztowe z przedstawionej wraz z pierwszymi wyjaśnieniami kalkulacji, a także o określone rodzaje prac do wykonania.

Jak słusznie zauważył w odwołaniu Odwołujący pierwsze z wyjaśnień Przystępującego były dość ogólne, wskazywały, że cena ustalona została zgodnie z opisem sposobu obliczenia ceny, na podstawie ofert otrzymanych od potencjalnych dostawców głównych materiałów. Wykonawca powoływał się na wieloletnie doświadczenie w branży budowlanej, szeroką bazę zaplecza technicznego, właściwą organizację pracy, znajomość rynku dostawców, posiadane zasoby materiałowe, uzyskane znaczące rabaty. Do wyjaśnień załączono kalkulację i ofertę handlową potwierdzającą główne wartości materiałów co do modułów GRP.

W drugich wyjaśnieniach Przystępujący odwołał się do przyjętego w postępowaniu wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym i przyjętej formuły realizacji „zaprojektuj i wybuduj”. Podkreślił, że przy takiej formule oferta nie może odnosić się do szczegółowych

rozwiązań, bowiem te nie są znane ani Zamawiającemu, ani wykonawcy. Co do odpowiedzi na 9 szczegółowych pytań, wykonawca ograniczył się do wskazania pozycji punktów kalkulacji, w których wykonanie danych prac zostało ujęte oraz dodał, że zdecydowana większość kosztów, o które pytał Zamawiający uwzględniona została w kosztach zarządu jako ryzyko kontraktowe. Do wyjaśnień załączono dodatkowe pismo od dostawcy modułów GRP.

Następnie Zamawiający prosił o dodatkowe wyjaśnienia o ujęcie kosztów podwykonawstwa w ofercie Przystępującego, powołując się w tej kwestii na treść wyroku Izby z dnia 27 czerwca 2016 roku. Odpowiadając na powyższe wezwanie, Przystępujący w pierwszej kolejności zauważył, że cytowana część uzasadnienia wyroku Izby dotyczy innego wykonawcy, w związku z powyższym wykonawca nie jest zobowiązany do składania żadnych dodatkowych wyjaśnień, jednocześnie zaznaczono, że Przystępujący dwukrotnie udzielił Zamawiającemu odpowiedzi co do ceny własnej oferty. Przystępujący potwierdził, że koszty podwykonawstwa zostały ujęte w cenie ofertowej, w ramach złożonego kosztorysu w pozycjach 7,8,9,10.

Przechodząc do oceny wszystkich złożonych w postępowaniu wyjaśnień wraz dowodami, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Wszystkie złożone wyjaśnienia uznać należy z ogólne i lakoniczne. Pierwsze z wyjaśnień jedynie hasłowo wskazują na czynniki, które zdaniem Wykonawcy mogłyby przyczynić się do obniżenia kosztów. Wykonawca jednak nie załącza do tych hasłowych stwierdzeń jakichkolwiek elementów potwierdzających dane założenia cenowe. Przystępujący do dwóch pierwszych wyjaśnień złożył jedną ofertę handlową pochodzącą od dostawcy paneli GRP. Dostrzeżenia wymaga, iż nie była to w przedstawionej kalkulacji jedyna pozycja o wysokim znaczeniu kosztotwórczym. Wykonawca mógł przecież przedłożyć oferty związane z innym rodzajem prac. Tymczasem takie oferty złożono dopiero na rozprawie przed Izbą. Izba nie dopatryła się przeszkód złożenia wraz z wyjaśnieniami dowodów potwierdzających, że zakładane koszty wykonania dokumentacji projektowej, czy też koszty ubezpieczeń i gwarancji są realne. Skoro Przystępujący podkreślał znajomość rynku i wieloletnią współpracę z dostawcami i innymi podmiotami, z pewnością posiadał oferty przygotowane na warunkach dedykowanych dla niego do tego konkretnego postępowania lub przynajmniej mógł takie uzyskać po otrzymaniu wezwania. Można było także udowodnić, że wykonawca rzeczywiście otrzymał rabaty na materiały na takim poziomie, który przełożył się na możliwość obniżenia ceny oferty.

Moment złożenia dodatkowych ofert handlowych i innych dokumentów potwierdzających wysokość zakładanych kosztów dopiero przed Izbą na rozprawie należy

uznać za spóźniony. Powinny one zostać przedstawione Zamawiającemu na jego wezwanie. To bowiem Zamawiającemu należy dowieść prawidłowość założeń kalkulacyjnych, Izba natomiast oceniać może jedynie prawidłowość oceny działań Zamawiającego. Prowadzone postępowanie odwoławcze służy weryfikacji działań i zaniechań w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez Zamawiającego i zainteresowanych postępowaniem wykonawców. Izba nie prowadzi tego etapu postępowania związanego z oceną i weryfikacją ofert. W ocenie słuszności założeń ofertowych Izba nie zastępuje Zamawiającego.

Zdaniem składu orzekającego Izby złożone Zamawiającemu wyjaśnienia nie były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, aby uznać ich prawidłowość. Znaczący jest także fakt, że Przystępujący odnosząc się do pytania o ujęcie w ofercie kosztów podwykonawstwa, w zasadzie polemizował z wezwaniem i wskazywał, że skoro Zamawiający odwołuje się do wyroku Izby dotyczącego innego wykonawcy, to nie może w takim samym zakresie badać ofert innych wykonawców. Izba wskazuje, że takie stanowisko Wykonawcy jest nieuprawnione. Badając oferty Zamawiający winien kierować się podstawowymi zasadami wynikającymi z ustawy Pzp, w tym przede wszystkim zasadą równego traktowania wykonawców. Znaczenie drugorzędne ma okoliczność, że przywołany fragment wyroku Izby dotyczył oferty innego wykonawcy. Decydujące znaczenie ma fakt, że uprawnieniem Zamawiającego było zbadanie takim samym zakresie, przy przyjęciu takich samych założeń i sprawdzeniu wiarygodności kalkulacji określonego rodzaju prac i zdarzeń ofert wszystkich wykonawców.

O ile wytłumaczeniem dla ogólności pierwszych wyjaśnień może być ogólna treść wezwania Zamawiającego, o tyle pełnego zrozumienia nie znajduje okoliczność, że na szczegółowe II wezwanie Przystępujący odpowiedział jeszcze bardziej lakonicznie. Wykonawca ograniczył się do wskazania pozycji odpowiednich pozycji kalkulacji, bez jakiegokolwiek przedstawienia rozbicia kosztów danej pozycji na poszczególne roboty, a następnie przywoływał w zasadzie jedną tylko pozycję kalkulacji: koszty zarządu, w której ujęta miała zostać większość kosztów, o które pytał Zamawiający. Powyższe podważa wiarygodność złożonych wyjaśnień, a przede wszystkim wiarygodność samej kalkulacji. Trudno wyobrazić sobie, aby profesjonalista z branży (co podkreślał Przystępujący), z dużym doświadczeniem zawodowym, koszty związane z utylizacją odpadów, czy też koszty związane z wykonaniem rurociągów i urządzeń do przepompowywania ścieków przedstawiał jako koszty zarządu obejmujące ryzyko kontraktowe. Ogólności i lakoniczności wyjaśnień nie tłumaczy także formuła „zaprojektuj i wybuduj”. Oczywiście, formuła ta niesie ze sobą pewną nieostateczność założeń programu funkcjonalno-użytkowego, z drugiej jednak strony, to właśnie założenia programu są po to, aby wykonawca określił zakres prac projektowych

i budowlanych, a następnie wycenił ten zakres w ofercie. Przecież program funkcjonalno-użytkowy służy właśnie do ustalenia planowanych kosztów prac projektowych i robót budowlanych, przygotowania oferty, szczególnie w zakresie obliczenia ceny oferty oraz wykonania prac projektowych.

Reasumując tę część wywodów Izby, zauważyć należy, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wiarygodnych wyjaśnień i dowodów w zakresie wysokości ceny oferty, czemu wykonawca konsorcjum PRIM w żaden sposób nie sprostał, gdyż nie przedstawił dowodów potwierdzających prawidłowość poczynionej kalkulacji, poza jedną ofertą handlową. Zdaniem składu orzekającego Przystępujący nie pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako niewystarczające. Izba stwierdza, że wezwany Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Dla oceny wyjaśnień Izby znaczenie drugorzędne miały dowody składane przez Odwołującego na rozprawie. Rzeczywiście zgodzić należy się z Przystępującym, że materiał ten dotyczył oferty Odwołującego i pokazywał, na jakim poziomie ten wykonawca może uzasadnić cenę swojej oferty, co jeszcze nie oznacza, że nie można było uzyskać ofert korzystniejszych, zwłaszcza w obliczu okoliczności, że wszystkie oferty w postępowaniu były tańsze od oferty Odwołującego. Decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia Izby miał fakt, że ciężar dowiedzenia, że cena oferty Przystępującego nie jest niska po otrzymaniu od Zamawiającego wezwania obciążał tego wykonawcę.

Z tych powodów Izba nakazała Zamawiającemu w wyniku przeprowadzenia procesu ponownego badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Przechodząc do rozważań, czy Przystępujący Konsorcjum PRIM potwierdziło spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, to z pkt 5.1.2. IDW wynikało, że *„O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: Wykonawcy którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonali co najmniej 2 roboty budowlane polegające na modernizacji sieci kanalizacyjnej polegającej na renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych, o wartości każdej z nich*

(tj. roboty) równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 10.000.000,00 zł bez podatku VAT”.

Natomiast w pkt 5.3 IDW Zamawiający wskazał, że: *W celu przeliczenia na złotych (PLN) wszystkich wartości i danych finansowych podanych w innych walutach, Zamawiający zastosuje średni kurs Narodowego Banku Polskiego (NBP) aktualny na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.*

Izba w wyroku z dnia 27 czerwca 2016 roku nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień jaka była waluta rozliczeniowa oraz wartość robót budowlanych polegających na modernizacji sieci kanalizacyjnej polegającej na renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych oraz jakie były terminy realizacji inwestycji wymienionej w wykazie prac pod pozycją 1. Jednocześnie Izba przesądziła, że przy przeliczeniu wartości należy wziąć pod uwagę wartości wyrażone w walutach wskazanych w kontraktach na podstawie, których wykonywane były roboty, wykazywane w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a nie w walutach wynikających z referencji. Słusznie podkreślał w odwołaniu Odwołujący, że wyrok Izby ma moc wiążącą wobec wszystkich uczestników postępowania odwoławczego i jeżeli Przystępujący nie zgadzał się w tym zakresie z rozstrzygnięciem Izby, to jedynym sposobem na polemikę z tym stanowiskiem, zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawa, było wniesienie skargi na powyższy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego otrzymania do właściwego sądu okręgowego dla siedziby Zamawiającego. Jeżeli wykonawca tego nie uczynił, za bezzasadne w chwili obecnej należy uznać prezentowane stanowisko o braku prawomocności rozstrzygnięcia Izby. Niewątpliwie rozstrzygnięciem tym związane są nie tylko strony postępowania odwoławczego, ale również każdy następny skład orzekający Izby. Zgodnie z art. 197 ust. 1 ustawy Pzp orzeczenie Izby, po stwierdzeniu przez sąd jego wykonalności, ma moc prawną na równi z wyrokiem sądu. Sąd stwierdza wykonalność orzeczenia Izby nadając mu klauzulę wykonalności. Nie oznacza to jednak, że tylko wyroki Izby z taką klauzulą są prawomocne. Z prawomocnością mamy do czynienia wówczas, gdy orzeczenie sądowe lub rozstrzygnięcie organu nie może być zmienione ani uchylone poprzez wniesienie środka odwoławczego lub zaskarżenia. Skoro minął już termin na wniesienie skargi na powyższe orzeczenie Izby, rozstrzygnięcie to zyskało przymiot ostatecznego, a treść orzeczenia wiąże wszystkie inne podmioty, które się na nią powołują.

Przystępujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w dniu 18 lipca 2016 roku wskazał, że walutą rozliczeniową była hrywna i podał wartość kontraktu w dolarach. Wobec powyższego Zamawiający w dniu 10 sierpnia 2016 roku wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, ponieważ praca wykazana w pozycji nr 1 wykazu rozliczana była w hrywnach, tak więc wartość prac jest niższa niż wymagana warunkiem, tj. 10 000 000,00 zł. Wykonawca w dniu 16 sierpnia 2016 roku złożył uzupełnienie i wyjaśnił, że jego zdaniem robota w pozycji nr 1 wykazu spełnia wymagania ale z ostrożności wykonawca przedkłada oryginał zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów wraz z referencjami. Z załączonych dokumentów wynikało, że wykaz robót sporządzono w dacie 11 kwietnia 2016 roku, natomiast zobowiązanie podmiotu trzeciego Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie datowane jest na 16 sierpnia 2016 roku.

Dokonując analizy wszystkich zgromadzonych dokumentów, uzyskanych wyjaśnień, Izba stoi na stanowisku, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu i winien zostać z niego wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Jak już szczegółowo wyjaśniono, Izba w wyroku z dnia 27 czerwca 2016 roku wskazała sposób przeliczania wartości kontraktów wyrażonych w walutach obcych. Przystępujący w złożonych w dniu 18 lipca 2016 roku wyjaśnił, że walutą kontraktu była hrywna. Jeżeli więc wartość kontraktu wyrażona w hrywnach po przeliczeniu na złote w oparciu o średni kurs NBP aktualny na dzień publikacji ogłoszenia była mniejsza niż 10 000 000,00 zł, to robota taka nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na rozprawie przed Izbą Przystępujący złożył „zaświadczenie” będące wyciągiem z Informacji ogólnych o projekcie, próbując wywodzić, że skoro zadanie finansowane było z funduszy Banku Światowego i rozliczenie nastąpiło w dolarach, to prawidłową walutą przyjętą do rozliczeń i przeliczeń kursowych winien być właśnie dolar. Argumentacja ta nie zasługuje na uwzględnienie. Po pierwsze, sam Przystępujący w wyjaśnieniach oświadczył, że walutą kontraktu była hrywna. Po drugie, Wykonawca mógł dokumenty odnoszące się do finansowania zadania z Banku Światowego złożyć już z wyjaśnieniami, czego nie uczynił. Po trzecie także, nawet ze złożonego wyciągu wynika, że walutą kontraktu była hrywna, natomiast jedynie samo przyznanie środków i rozliczenie dofinansowania odbywało się w dolarach z uwagi na udział instytucji udzielającej w tej walucie dofinansowania. Przystępujący nie przedstawił więc żadnych wymiernych argumentów pozwalających na potwierdzenie tezy, że przeliczenie walutowe mogło nastąpić po kursie dolara a nie hrywny. Tym samym dana pozycja wykazu robót nie mogła zostać zaliczona jako potwierdzająca spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do nowego wykazu robót uzupełnionego w wyniku wezwania z dnia 10 sierpnia 2016 roku zauważyć należy, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w razie, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych i ekonomicznych innych podmiotów, to w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust 6 rozporządzenia o dokumentach wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2014 r., KIO 715/14 oraz z dnia 9 października 2013 r., KIO 2292/13).

Stwierdzenie oddania wykonawcy zasobu należącego do podmiotu trzeciego musi być konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu. Przepis art. 26 ust 2b wymaga udowodnienia (a nie uprawdopodobnienia) przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi realnie dysponował. Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia, oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać dokumentów dotyczących w szczególności zakresu zasobów innego podmiotu, do których wykonawca ma dostęp, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, oraz zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lipca 2011 roku, sygn. akt: XII Ga 315/11 (niepubl.), zwrócił uwagę na to, że „przekazanie

potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia”.

W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący w odwołaniu słusznie podniósł, że dokumenty złożone przez Przystępującego w celu potwierdzenia prawidłowości dysponowania określonym zasobem są nieprawidłowe, dotyczy to w szczególności zobowiązania złożonego w imieniu Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Dla Izby oczywistym jest, że w przypadku powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, takim zasobem wykonawca dysponować musi na dzień składania ofert. Dzień składania ofert jest datą, na którą Zamawiający dokonuje weryfikacji podmiotów zainteresowanych uczestnictwem w danym postępowaniu. Na ten dzień także należy wykazać, że wykonawca, który złożył ofertę spełnia określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu. Tymczasem w przedmiotowym postępowaniu doszło do sytuacji, w której Przystępujący w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów złożył wykaz robót datowany na kwiecień 2016 roku, w którym podmiot trzeci udostępnia mu swoje zasoby i zobowiązanie tegoż podmiotu określone jest datą 16 sierpnia 2016 roku. Izba nie neguje możliwości uzupełnienia dokumentów o charakterze podmiotowym, po otrzymaniu wezwania od Zamawiającego i samej możliwości zmiany wykazu robót mającego potwierdzać posiadanie wymaganego doświadczenia z datą późniejszą niż termin składania ofert. Zauważyć jednakże należy, że nawet po uzupełnieniu złożone dokumenty winny potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów, nawet datowane na sierpień 2016 roku byłoby prawidłowe, gdyby z jego treści wynikało, że w dniu składania ofert Przystępujący odpowiednim potencjałem miał prawo dysponować. Trudno jednak doszukiwać się takiego stwierdzenia w złożonym dokumencie. Zobowiązanie potwierdza jedynie, że od daty 16 sierpnia 2016 roku Przystępujący może powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego. Przystępujący przedstawił co prawda na rozprawie kopię listu intencyjnego z 4 marca 2016 roku potwierdzoną za zgodność z oryginałem, okazując Izbie oryginał dokumentu, jednakże jak już podkreślono w niniejszym orzeczeniu, moment wyrokowania przed Izbą w zakresie przedstawiania tego rodzaju dowodów należy uznać za spóźniony. Wykonawca winien był powyższy dokument przedstawić Zamawiającemu wraz nowym wykazem i zobowiązaniem. To Zamawiającemu należy bowiem wykazać i udowodnić, że udostępnienie potencjału pochodzącego od podmiotu trzeciego ma charakter realny. Dlatego też Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu chemii na okoliczność daty złożenia podpisu poprzez badanie ilości 2-fenoksyetanolu w treści dokumentu. Na tym etapie postępowania wniosek taki należało uznać za zgłaszany jedynie w celu wydłużenia postępowania. Izba przy

wyrokowaniu nie mogła wziąć pod uwagę treści złożonego listu intencyjnego, ponieważ treść tego dokumentu nie była znana Zamawiającemu przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak więc badanie autentyczności tego dokumentu pozostawało bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu.

Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że zobowiązanie pochodzi od podmiotu, który samodzielnie składał w danym postępowaniu ofertę, która została w wyniku wyroku Izby z dnia 27 czerwca 2016 roku wyeliminowana jako oferta z rażąco niską ceną. Gdyby przyjął, że wykonawcy od początku zakładali taki sposób współpracy, to ustaleniom tym można nawet przypisać znamiona zmowy przetargowej, na co słusznie zwrócił uwagę Odwołujący.

Reasumując, Zamawiający musi mieć możliwość weryfikacji realności udostępnienia, co na etapie badania i oceny ofert odbywa się na podstawie składanych dokumentów. Oznacza to, że treść tych dokumentów musi być jednoznaczna, a możliwość posługiwania się cudzym potencjałem nie może pozostawać w sferze domysłów i bliżej niesprecyzowanych zasad udostępnienia. Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim doświadczeniem udostępnionym na zasadach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W sposób nie budzący wątpliwości w zobowiązaniu nie udowodniono realności udostępnienia określonego zasobu w momencie składania ofert w postępowaniu. Końcowo zauważyć należy, iż Przystępujący był już wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału odnośnie doświadczenia. Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa, ponowne wezwanie jest więc niemożliwe, a wykonawca powinien podlegać wykluczeniu z postępowania.

Konkludując, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego potwierdziły. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący udowodnił tezy zaprezentowane w odwołaniu. W postępowaniu doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. W prowadzonym postępowaniu nie uczyniono zadość przestrzeganiu zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 2 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty postępowania Stronie Odwołującej. Jednocześnie nie uwzględniono wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy. Zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia o kosztach, Izba zasądza koszty od wnoszącego sprzeciw na rzecz Odwołującego lub Zamawiającego. W przedmiotowym postępowaniu to strona Odwołująca była inicjującą postępowanie odwoławcze i postępowanie dowodowe, natomiast udział pełnomocników Zamawiającego ograniczył się do uczestnictwa w posiedzeniu i rozprawie Izby.

Przewodniczący: