

Sygn. akt: KIO 906/16

Sygn. akt: KIO 917/16

Sygn. akt: KIO 929/16

WYROK

z dnia 27 czerwca 2016 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aneta Górniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 14, 20 i 22 czerwca 2016 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2016 roku przez:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Wiertnicza 131, 02-952 Warszawa, 2) Per Aarsleff A/S z siedzibą w Åabyhøj w Danii, Lokesvej 15, 8230 Åabyhøj, Dania, (sygn. akt: KIO 906/16),**
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu, ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz, (sygn. akt: KIO 917/16),**
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Transportowa 1, 70-715 Szczecin, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów, (sygn. akt: KIO 929/16),**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie, Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Transportowa 1, 70-715 Szczecin, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, ul. Podkarpacka 59A, 35-082 Rzeszów**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **o sygn. akt: KIO 906/16** oraz **KIO 917/16** po stronie zamawiającego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Budowlana 5G, 40-301 Katowice, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, ul. Piłsudskiego 57A, 32-340 Wolbrom, 3) Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, 60-164 Poznań**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **o sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16** oraz **KIO 929/16** po stronie zamawiającego,
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, ul. Płocka 164, 87-800 Włocławek, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu, ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **o sygn. akt: KIO 929/16** po stronie zamawiającego,

orzeka:

1A. Oddala odwołanie **o sygn. akt: KIO 906/16**.

1B. Uwzględnia odwołanie **o sygn. akt: KIO 917/16** i nakazuje zamawiającemu - Miejskiemu Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu oraz unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez nich oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu.

1C. Uwzględnia odwołanie **o sygn. akt: KIO 929/16** 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:

- a) odtajnienie, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści załączników do wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2016 roku, dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę (kalkulacji ceny oraz oferty na panele GRP), a złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 - 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
 - 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu,
 - 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
- b) wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 - 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach,
 - 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu,
 - 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Prawo zamówień publicznych 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;
- c) powtórzenie (uzupełnienie) czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 - 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku,
 - 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu do wyjaśnienia wysokości ceny na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie dokonanie powtórnej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych;
- d) wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
 - 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku,
 - 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Prawo zamówień publicznych wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie odnoszącym się do wartości robót wykonanych przez OCIDE w technologii wymaganej przez zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2. IDW.

W pozostałym zakresie oddala zarzuty odwołania.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża: odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Per Aarsleff A/S z siedzibą w Åabyhøj w Danii (**sygn. akt: KIO 906/16**); zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie

S.A. z siedzibą w Warszawie (**sygn. akt: KIO 917/16**), a także wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (**sygn. akt: KIO 929/16**) i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego **kwotę 60 000 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie 2) Per Aarsleff A/S z siedzibą w Åabyhøj w Danii (**sygn. akt: KIO 906/16**); wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu (**sygn. akt: KIO 917/16**); a także przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie (**sygn. akt: KIO 929/16**), tytułem wpisów od odwołań.

2.2. W sprawie o **sygn. akt: KIO 906/16**: zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Per Aarsleff A/S z siedzibą w Åabyhøj w Danii na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, a także na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego **kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. W sprawie o **sygn. akt: KIO 917/16**: zasądza od zamawiającego - Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu **kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**,

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

2.4. W sprawie **o sygn. akt: KIO 929/16**: zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu oraz od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

A. na rzecz odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie:

- kwoty po **12 007 zł 50 gr (słownie dwanaście tysięcy siedem złotych pięćdziesiąt groszy)**, jako równowartość kwoty **24 015 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące piętnaście złotych zero groszy)**, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawy,
oraz

B. na rzecz zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie

- kwoty po **1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy)**, jako równowartość kwoty **3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)**, stanowiącej 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 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 906/16

Sygn. akt KIO 917/16

Sygn. akt KIO 929/16

UZASADNIENIE

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie [zwane dalej: „*zamawiającym*”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego - w trybie przetargu nieograniczonego - na realizację zadania pn.: *Modernizacja sieci kanalizacyjnej w Al. Krakowskiej*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych [t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164], zwanej dalej „*ustawą Pzp*”.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 lutego 2016 roku pod numerem 2016/S 041-068165.

W dniu 20 maja 2016 roku wykonawcy uczestniczący w postępowaniu zostali poinformowani o wyborze najkorzystniejszej oferty, ofertach odrzuconych oraz o wykonawcach wykluczonych z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 30 maja 2016 roku odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wnieśli następujący wykonawcy:

A. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Per Aarsleff A/S z siedzibą w Åabyhøj w Danii [zwani dalej łącznie: „*odwołującym I*”] - sygn. akt: KIO 906/16;

B. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu [zwani dalej łącznie: „*odwołującym II*”] - sygn. akt: KIO 917/16;

C. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [zwani dalej łącznie: „*odwołującym III*”] - sygn. akt: KIO 929/16,

Sygn. akt: KIO 906/16

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Per Aarsleff Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, 2) Per Aarsleff A/S z siedzibą w Åabyhøj w Dani [zwani dalej łącznie: „*odwołującym I*”], wnieśli odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań zamawiającego:

- 1) czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
- 2) zaniechania czynności polegającej na wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, pomimo, że złożona przez nich oferta nie spełniała warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) zaniechania czynności polegającej na odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, pomimo zaistnienia przesłanek do wykluczenia tych wykonawców, gdyż złożona przez nich oferta nie spełniała warunków specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez nich oferty;
- 4) czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego I, pomimo braku przesłanek do jej odrzucenia;
- 5) czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego I od udziału w prowadzonym postępowaniu pomimo braku przesłanek do wykluczenia.

Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu spełniają warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;

- 2) art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp poprzez uznanie, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wykazali, iż posiadają wiedzę i doświadczenie;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo niewykazania spełniania przez tych wykonawców warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez złożenie nierzetelnych referencji;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu pomimo, iż złożona została przez wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu;
- 5) art 90 ust. 3 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego I pomimo braku przesłanek do odrzucenia oferty tego wykonawcy i wykluczenia go od udziału w postępowaniu;
- 6) art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący I wnosił o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego I;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

i odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców;

- 4) zwrot kosztów postępowania, według udokumentowanego wniosku złożonego na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i odrzucenia oferty złożonej przez tych wykonawców, odwołujący I podnosił, co następuje.

Odwołujący I wskazywał, że zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazał – w sekcji III 2.3) ogłoszenia punkt 1.2 *posiadanie wiedzy i doświadczenia* - że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. wykonawcy, którzy w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali co najmniej dwie roboty budowlane polegające na modernizacji sieci kanalizacyjnej polegającej na renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych, o wartości każdej z nich równiej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 10 000 000 PLN bez podatku VAT.

Odwołujący I podniósł, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wskazali w złożonej ofercie, że spełniają warunek wiedzy i doświadczenia poprzez wykonanie przez spółkę SMU - 22 Sp. z o.o. dwóch robót w Odessie każdej o wartości większej niż 10 000 000 PLN bez podatku VAT. Dalej, odwołujący I zauważył, że pod numerem 1 na stronie 27 oferty wskazano „*Renowację sekcji głębokiego kolektora tunelu od MH nr 1 do nr 2 w Odessie*”, przy czym roboty te miały być wykonane na rzecz spółki Per Aarsleff A/S, a na dowód wykonania tych robót przedstawiona została referencja, z której miało wynikać, że SMU – 22 Sp. z o.o. wykonała prace podwykonawcze z następującego zakresu: przejście, utworzenie i przywracanie tymczasowych obszarów roboczych w MH Nr 1, MH Nr 2 i lokalizacja szybów wentylacyjnych do wykorzystania podczas realizacji zamówienia; ogólne przygotowanie prac budowlanych w tym czyszczenie tunelu, usuwanie zanieczyszczenia z sektora MH Nr 1A i z innych miejsc w tunelu; wypełnienie przestrzeni pomiędzy zewnętrzną okładziną segmentową i odkrytą powierzchnią tunelu, w tym wiercenie otworów wiertniczych; wmurowanie i wypełnianie starych wyrobisk górniczych, katakumb i podziemnych chodników, które są w kontakcie z tunelem i mogą być niebezpieczne dla stabilności okładzin lub może

prować do niekontrolowanego odpływu zaprawy; renowacji istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP DN1670/21 mm i 1320x1320x21mm o całkowitej długości 1670 metrów; budowa trzech szybów wentylacyjnych o głębokości 30 - 38 m, zawierających prace konstrukcyjne i łączenie szybów z tunelem; prace na rzecz odbudowy i wykończenia (włączając w to instalacje odpowiedniego sprzętu) do wjazdu Nr 1A.

Zdaniem odwołującego I powołanie się w treści oferty złożonej przez ww. wykonawców na referencję wskazującą na posiadanie wiedzy i doświadczenia w związku z wykonaniem przez SMU - 22 Sp. z o.o. robót, o których była mowa powyżej, w celu wykazania wiedzy i doświadczenia jest niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ spółka SMU - 22 Sp. z o.o. nie wykonywała w ramach robót podwykonawczych realizowanych na rzecz Per Aarsleff S/A robót polegających na renowacji istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP DN1670/21 mm i 1320x1320x21mm o całkowitej długości 1670 metrów w ramach kontraktu „Zakończenie i renowacja sekcji głębokiego kolektora tunelu od MH nr 1 do Nr 2” i nie nabyła w tym zakresie żadnej wiedzy i doświadczenia jako podwykonawca Per Aarsleff A/S. Odwołujący I stwierdził, iż w ramach Miejskiego Projektu Infrastrukturalnego w Odessie, finansowanego przez Bank Światowy Biuro Przedstawicielstwa duńskiej firmy Per Aarsleff A/S zatrudniło SMU - 22 Sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy robót w zakresie: przejęcie, utworzenie i przywracanie tymczasowych obszarów roboczych w MH Nr 1, MH Nr 2 i lokalizacja szybów wentylacyjnych do wykorzystania podczas realizacji zamówienia; ogólne przygotowanie prac budowlanych w tym czyszczenie tunelu, usuwanie zanieczyszczenia z sektora MH Nr 1A i z innych miejsc w tunelu; wypełnienie przestrzeni pomiędzy zewnętrzną okładziną segmentową i odkrytą powierzchnią tunelu, w tym wiercenie otworów wiertniczych; wmurowanie i wypełnianie starych wyrobisk górniczych, katakumb i podziemnych chodników, które są w kontakcie z tunelem i mogą być niebezpieczne dla stabilności okładzin lub może prowadzić do niekontrolowanego odpływu zaprawy; budowa trzech szybów wentylacyjnych o głębokości 30 - 38 m, zawierających prace konstrukcyjne i łączenie szybów z tunelem; prace na rzecz odbudowy i wykończenia (włączając w to instalacje odpowiedniego sprzętu) do wjazdu Nr 1A. Odwołujący I wskazał, że cały zakres robót polegających na renowacji istniejącego tunelu został wykonany przez Per Aarsleff A/S jej własnymi siłami, natomiast umieszczenie robót opisanych jako „Renowacja istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP DN1670/21 mm i 1320x1320x21mm o całkowitej długości 1670 metrów” w treści referencji udzielonych podwykonawcy SMU – 22 Sp. z o.o. nastąpiło w wyniku błędu, który polegał na wpisaniu do treści referencji całości robót kontraktowych. Zdaniem odwołującego I roboty wykonane przez SMU - 22 Sp. z o.o. miały znacząco mniejszy zakres oraz wykonane zostały za znacznie niższe wynagrodzenie. Na

potwierdzenie swoich twierdzeń odwołujący I przedstawił oświadczenie dyrektora generalnego biura przedstawicielstwa Per Aarsleff A/S na Ukrainie, umowy podwykonawcze zawarte pomiędzy Per Aarsleff A/S i SMU-22 Sp. z o.o., jak również umowę zawartą pomiędzy Per Aarsleff A/S i Agencją Programu Rozwojowego miasta Odessa.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego I, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Metro Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach; LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu; Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych REMKAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, powinni być wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zaś oferta przez nich złożona powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności, odwołujący I odnosząc się do odrzucenia złożonej przez siebie oferty podnosił, iż zamawiający w dniu 12 kwietnia 2016 roku zwrócił się do niego o złożenie wyjaśnień w celu ustalenia czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odwołujący I stwierdził, iż w dniu 19 kwietnia 2016 roku przesłał do zamawiającego odpowiedź na przedmiotowe wezwanie, w której wskazał, że zaproponowana przez niego cena zawiera wszelkie elementy robót kontraktowych oraz podał szczegółowo ujęte przez niego elementy składające się na całościową cenę kontraktową. Ponadto, wskazał, iż w celu wykonania obowiązku wynikającego z art. 190 ust. 1a ustawy Pzp przedkłada w załączeniu do odwołania kalkulację całości robót objętych zamówieniem: „*Modernizacja sieci kanalizacyjnej w Al. Krakowskiej*”. Zauważył też, że zamawiający uznał, iż odwołujący I nie udowodnił, iż złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i na tej podstawie odrzucił tą ofertę i wykluczył odwołującego I z udziału w postępowaniu.

Następnie odwołujący I podnosił, że zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny rażąco niskiej, gdy cena ofertowa budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez zamawiającego. Ponadto, zwrócił uwagę, iż w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały cztery oferty zamykające się w granicach od 14 479 763,13 zł do 19 421 700,00 zł z podatkiem VAT, zaś średnia arytmetyczna wyniosła 16 421 534,78 zł wraz z podatkiem VAT i jest to cena wyższa o 12 000 zł od ceny ofertowej zaproponowanej przez odwołującego I, przy czym cena zawarta w ofercie wybranej w wyniku przeprowadzonego postępowania jest o ponad milion złotych niższa od ceny jego oferty. Odwołujący I powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO/UZP 1441/07, KIO/UZP 19/08, KIO/UZP 231/08) wskazujące, iż za cenę rażąco niską należy uznać cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych

zamówień. Podkreślił, że w niniejszym postępowaniu wszyscy czterej oferenci, zajmujący się wykonywaniem analogicznych do przedmiotu zamówienia robót, zaoferowali ceny na podobnym poziomie, znacząco odbiegając od ceny szacowanej przez zamawiającego, a zatem według podmiotów wykonawczych, realizujących tego rodzaju prace na rynku realistyczne ceny rynkowe kształtowały się na takim poziomie.

Odwołujący I wskazywał również, że miał pełne prawo przypuszczać, że złożone przez niego wyjaśnienia dotyczące ceny ofertowej są pełne i za takie zostaną uznane przez zamawiającego, ponieważ zakres udzielonych wyjaśnień był analogiczny do wyjaśnień udzielonych przez niego w postępowaniu prowadzonym przez tego samego zamawiającego, a dotyczącym zadania pod nazwą: *„Renowacja bezwykopowa kanału kl. „0” odprowadzającego ścieki z dzielnicy Wawer w ul. Szpotańskiego, ul. Patriotów, ul. Wydawniczej Lca 5080 m wraz z wykonaniem renowacji przyłączy poprzez zainstalowanie długich kształtek kapeluszowych Lca 15 m”*, w którym to postępowaniu zamawiający przyjął wyjaśnienia odwołującego za pełne i wystarczające, i nie odrzucił jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę. W ocenie odwołującego I, w takiej sytuacji, miał on wysoce uzasadnione przekonanie, że zarówno forma, jak i treść złożonych przez niego wyjaśnień odpowiadają w pełni żądaniu zamawiającego i zostaną uznane za pełne i wystarczające dla rozwiania wszelkich wątpliwości co do uznania zaproponowanej przez niego ceny ofertowej za rynkową i w konsekwencji za nie rażąco niską.

Zdaniem odwołującego I nie może budzić wątpliwości, iż w toku postępowania doszło do naruszenia przepisów ustawy, które mogło mieć istotny wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, co wypełnia dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, jak również czyni odwołanie słusznym i uzasadnionym.

W oparciu o powyższe odwołujący I wnosil jak w petitum odwołania.

Sygn. akt: KIO 917/16

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu [zwani dalej łącznie: *„odwołującym II”*] wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na nieuprawnionym wykluczeniu ich z postępowania i odrzuceniu ich oferty, a w konsekwencji dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z dokonaniem wykluczenia odwołującego II z postępowania na skutek stwierdzenia braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z uznaniem, że doszło do zmiany treści oferty;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z nieuprawnionym odrzuceniem oferty odwołującego II, w tym również brakiem podania uzasadnienia faktycznego w zakresie tego przepisu, a także ewentualnym naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku zaniechaniem poprawienia niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty;
- 4) art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z brakiem podania uzasadnienia faktycznego w związku z uznaniem, że oferta odwołującego II podlega odrzuceniu, w tym w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący II wnosił o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego II z postępowania oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która w związku z wadliwie podjętą czynnością zaskarżoną odwołaniem (wykluczenie i odrzucenie) została dokonana z naruszeniem prawa;
- 3) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego II i wyboru oferty najkorzystniejszej w konsekwencji uwzględnienia odwołania;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego oraz zastępstwa prawnego na posiedzeniu i rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący II podnosił, że w dniu 20.05.2016 roku zamawiający poinformował go o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z brakiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, iż uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp realizacje pochodzące od podmiotów trzecich nie potwierdzają spełnienia postawionych w SIWZ warunków, gdyż powodują zmianę oświadczenia w zakresie samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zmianę treści oferty. Zdaniem odwołującego II stanowisko zamawiającego jest nieuprawnione, gdyż zgodnie z postanowieniami SIWZ (pkt 3.5.) zamawiający dopuścił udział podwykonawców w postępowaniu, nie ograniczając żadnego obszaru przedmiotu zamówienia do realizacji jedynie przez wykonawców. Odwołujący II powołał się ponadto na pkt 6.1.7. SIWZ dotyczący możliwości udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Odwołujący II przyznał, iż potwierdzenie przez niego spełnienia warunków

udziału w postępowaniu nastąpiło w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a jednocześnie podkreślił, iż nie ma żadnych ograniczeń prawnych, aby w wyniku uzupełnienia dokumentów dokonana została zmiana całości informacji, tj. rodzaju realizacji, dokumentu potwierdzającego należyte jej wykonanie, jak i zobowiązania. Następnie wskazał, że skoro ustawodawca dopuszcza taką możliwość, to uzupełnienie informacji dotyczących spełnienia warunków po terminie składania ofert nie może powodować jakichkolwiek ograniczeń w zakresie oceny spełnienia tych warunków.

W ocenie odwołującego II stanowisko zamawiającego, iż doszło do zmiany treści oferty w zakresie wprowadzenia podwykonawcy w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia jest nieuprawnione. Ponadto, odwołujący II poddał w wątpliwość to czy dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowią treść oferty w rozumieniu przepisów art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wskazując, iż treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli, zaś dokumenty podmiotowe nie odnoszą się do merytorycznej zawartości oferty. Odwołujący II zauważył też, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji, przy czym niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Z uwagi na powyższe, w ocenie odwołującego II, w odniesieniu do uzupełnieniowych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma zastosowania przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odwołujący II wskazywał, że w żadnym momencie nie doszło do zmiany oświadczenia, iż zamierza on w części wykonać przedmiot zamówienia przez podwykonawców, co znalazło odzwierciedlenie w treści formularza oferty. Zdaniem odwołującego II potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą podmiotu trzeciego i złożenie zobowiązań, z których treści wynika, udział tych podmiotów w realizacji części zamówienia nie zmienia sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast taka sytuacja mogłaby mieć miejsce jedynie wówczas, gdyby w treści formularza ofertowego w punkcie 8 nieskreślone zostało oświadczenie w brzmieniu: *„Nie zamierzamy powierzyć do wykonania żadnej części niniejszego zamówienia”*.

Odwołujący II podnosił również, że nawet jeśli zamawiający kwestię dotyczącą informacji na temat podwykonawcy na którego zasoby wykonawca się powołuje uznaje za treść oferty, to powinien mieć na uwadze przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W

ocenie odwołującego II, w sytuacji, gdy doszło do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to przyjmując sposób rozumienia tych dokumentów jako oferty, w chwili ich dostarczenia w wymaganym terminie stały się one częścią oferty i tym samym „oferta” ta zawiera informacje o nazwach podmiotów na których zasoby powołuje się wykonawca. W konsekwencji, skoro w „ofercie” znajdują się wymagane informacje, to nie ma przeszkód, aby formalne uchybienie polegające w tym momencie na niewypisaniu nazw podwykonawców, nie poprawić jako omyłki w oparciu o przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący II podkreślił, że uzupełnione dokumenty nie budziły żadnych wątpliwości zamawiającego i potwierdzają one spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu. Podniósł także, iż zamawiający posiada pełną wiedzę co do treści jaka jedynie formalnie nie została wpisana w drugą tabelę w pkt 8 formularza ofertowego. W ocenie odwołującego II inna interpretacja przedstawionych okoliczności stanowiłoby naruszenie art 26 ust. 2b i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem pierwszy z tych przepisów daje swobodne prawo do korzystania z zasobów podmiotów trzecich, a drugi swobodę decyzji co do tego jakie dokumenty i w jakim zakresie należy uzupełnić, aby potwierdzić warunki udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego II czynności podjęte przez zamawiającego cechują się formalizmem, sprzecznym z intencją ustawodawcy co do rozumienia art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Podkreślił, iż przepisy ustawy zobowiązują do wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków i jednocześnie dopuszczają prawo w zakresie przedstawienia zupełnie nowych realizacji w miejsce poprzednich, a dodatkowo nie zabraniają, aby te nowe realizacje pochodziły od podmiotu trzeciego.

Reasumując swoją argumentację w powyższym zakresie odwołujący II stwierdził, że jeśli zamawiający powołuje się na przepisy art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – to uznać należy, że nie doszło do zmiany treści oferty w związku ze zmianą oświadczenia co do sposobu realizacji zamówienia samodzielnie i brak jest podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem informacje o spełnieniu warunków nie stanowią „treści oferty” w rozumieniu tego przepisu, a dodatkowo jeśli zamawiający twierdzi, że stanowią one treść oferty, to w wyniku uzupełnienia dokumentów w tym w szczególności zobowiązania, w ofercie znajdują się żądane przez zamawiającego informacje dotyczące podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca się powołuje, co oznacza, że samodzielnie zamawiający może dokonać poprawienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (brak wskazania nazw (firm) podwykonawców na których zasoby wykonawca się powołuje, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu).

W dalszej kolejności odwołujący II wskazywał, że zgodnie z postawionym warunkiem udziału w postępowaniu wykonawca miał legitymować się doświadczeniem w postaci dwóch realizacji. Odwołujący II podnosił, że stanowisko zamawiającego, iż odwołujący powołuje się na doświadczenie dwóch różnych podmiotów, przy czym żaden z tych podmiotów samodzielnie nie spełniał warunku wiedzy i doświadczenia do realizacji inwestycji, jest nieuprawnione. Wskazał, iż zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty, powołując się na pkt. 6.1.8. lit. c) SIWZ, podaje, że dopuścił możliwość przedstawienia inwestycji realizowanych przez różne podmioty, jednakże wyłącznie w przypadku, gdy oferta składana jest przez te podmioty jako przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Podniósł, iż zamawiający wprost dopuścił prawo do skorzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego celem wykazania się, że wykonawca (a nie podmiot trzeci) spełnia warunki udziału w postępowaniu, w związku z czym przedstawił stosowne zobowiązania podmiotów trzecich w zakresie udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia. W jego ocenie z treści SIWZ nie wynikają żadne ograniczenia w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym np. w ten sposób, że albo jeden z podmiotów składających ofertę wspólnie albo podmiot z którego zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzysta wykonawca w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, musi wykazać się wymaganym doświadczeniem w postaci dwóch realizacji. Wskazał, że nie ma też żadnych odmiennych zastrzeżeń zarówno co do konsorcjum, jak i podmiotu trzeciego w części 6 SIWZ, określającej zakres wymaganych dokumentów i sposób ich oceny, jak i np. w treści załącznika nr 5, którym należało się posłużyć wykazując wiedzę i doświadczenie. Odwołujący II stwierdził, że jeżeli chodzi o warunki udziału w postępowaniu określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp, dotyczące potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego, w przypadku konsorcjum, co do zasady, mogą być spełnione łącznie, co wynika z samej istoty konsorcjum, dlatego też potencjały te, co do zasady, podlegają sumowaniu. Zatem, jeżeli po zsumowaniu potencjału wszystkich członków konsorcjum, warunek opisany przez zamawiającego zostanie spełniony przez wszystkich konsorcjantów łącznie, zamawiający winien stwierdzić, że każdy z konsorcjantów potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Pzp. Następnie odwołujący II zauważył, że inne traktowanie wykonawców zawiązujących konsorcjum niż wykonawców składających ofertę samodzielnie, naruszałoby jedną z naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj.: zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący II podniósł również, iż postanowienia SIWZ jako podstawowego dokumentu są wiążące zarówno dla wykonawców, jak i dla zamawiającego, a żaden zapis SIWZ nie zakazywał sumowania i łącznej oceny doświadczenia. Stwierdził, że na tym etapie postępowania niedopuszczalne jest wprowadzanie jakichkolwiek zmian, a w

szczegółności przypisywanie intencji zamawiającemu, które nie wynikają wprost z dokumentacji postępowania przetargowego.

Reasumując, odwołujący II podnosił, że zamawiający dokonał czynności wykluczenia i odrzucenia jego oferty z naruszeniem przepisów prawa, a nadto dokonał zmiany SIWZ po terminie składania ofert.

Sygn. akt: KIO 929/16

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie [zwani dalej łącznie: „*odwołującym III*”] wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [zwanym dalej łącznie: „*Konsorcjum PRI METRO*”];
- 2) zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia odwołującemu załączonych do złożonych przez Konsorcjum PRI METRO z dnia 18 kwietnia 2016 r. wyjaśnień w sprawie elementów oferty mających wpływ na cenę załączników w postaci kalkulacji ceny oraz oferty na panele GRP;
- 3) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PRI METRO jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- 4) zaniechaniu wezwania Konsorcjum PRI METRO do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW;
- 5) zaniechaniu wezwania Konsorcjum PRI METRO do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW oraz zaniechaniu podjęcia przez zamawiającego czynności określonych w § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane w zakresie całości doświadczenia wskazanego przez Konsorcjum PRI METRO;
- 6) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2)

Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu [zwanym dalej łącznie: „Konsorcjum Molewski”] jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;

- 7) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Molewski z postępowania oraz odrzucenia jego oferty ze względu na fakt, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW (z innych przyczyn niż wskazane w Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty), tj. wskutek tego, że:
 - oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmioty trzecie tj. IDS-BUD S.A. [dalej jako: „IDS”] oraz Ocide Construcccion SA [dalej jako: „Ocide”] nie zapewniają realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia,
 - doświadczenie wskazane w poz. 4 uzupełnionego wykazu wykonanych robót budowlanych nie spełnia wymogów określonej w pkt 5.1.2 IDW technologii wykonania prac,
 - Konsorcjum Molewski nie złożył dokumentów dotyczących Ocide poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Ocide (osobę uprawnioną do reprezentowania Ocide), względnie nie złożył oświadczenia o udostępnieniu zasobów w oryginale podpisanego przez osobę uprawnioną do reprezentowania Ocide,
 - Konsorcjum Molewski nie wykazał, aby osoba podpisująca oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez Ocide była upoważniona do reprezentacji Ocide;
- 8) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Molewski z postępowania oraz odrzucenia jego oferty ze względu na fakt, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania w zakresie udostępnienia mu zasobu przez Ocide lub w zakresie udzielenia p. K.K. pełnomocnictwa do reprezentowania Ocide.

Odwołujący III zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum PRI METRO, a zawarte w załącznikach do wyjaśnień Konsorcjum PRI METRO stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia załączników do wyjaśnień, pomimo, że Konsorcjum PRI METRO nie wykazał, że zawarte tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa;
- 2) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę złożonych przez Konsorcjum PRI METRO wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty Konsorcjum PRI METRO i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie

art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;

- 4) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Konsorcjum PRI METRO i wezwania go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt 5.1.2 IDW;
- 5) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Konsorcjum PRI METRO i wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w celu wykazania, spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał bezspornie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt. 5.1.2 IDW oraz § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów w zakresie całości doświadczenia wskazanego przez Konsorcjum PRI METRO poprzez zaniechanie podjęcia czynności weryfikujących informacje zawarte w złożonych przez to Konsorcjum dokumentach;
- 6) art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych dnia 19 kwietnia 2016 r. przez Konsorcjum Molewski w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp;
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty Konsorcjum Molewski i wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę;
- 8) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Molewski oraz odrzucenia jego oferty wskutek niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW (z innych przyczyn niż wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty);
- 9) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Molewski oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący III wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty Konsorcjum PRI METRO;
- 2) odtajnienia i udostępnienia odwołującemu załączonych do złożonych przez Konsorcjum PRI METRO z dnia 18 kwietnia 2016 r. wyjaśnień w sprawie elementów

- oferty mających wpływ na cenę załączników w postaci kalkulacji ceny oraz oferty na panele GRP wraz z jednoczesnym nakazaniem dokonania ponownej oceny ofert,
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i:
 - a) odrzucenia oferty Konsorcjum PRI METRO jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
 - b) wezwania Konsorcjum PRI METRO do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW,
 - c) wezwania Konsorcjum PRI METRO do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW tj. w zakresie:
 - i) danych osoby reprezentującej SMU-22 Sp. z o.o.,
 - ii) waluty rozliczeniowej dla prac wykonywanych przez SMU-22 Sp. z o.o.,
 - iii) terminów realizacji robót wykonywanych przez SMU-22 Sp. z o.o. i charakteru prawnego realizacji tych robót przez SMU-22 Sp. z o.o. na rzecz Per Aarsleff A/S a wykazanych w poz. 1 wykazu robót Konsorcjum PRI METRO;
 - 4) odrzucenia oferty Konsorcjum Molewski jako oferty zawierającej rażąco niską cenę;
 - 5) wykluczenia Konsorcjum Molewski oraz odrzucenia jego oferty wskutek nie wykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW;
 - 6) wykluczenia Konsorcjum Molewski oraz odrzucenia jego oferty wskutek tego, że wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący III podnosił, że zamawiający w sposób bezpodstawny przyjął, że Konsorcjum PRI METRO w sposób dostateczny zastrzegł, że załączniki do wyjaśnień (ich treść) stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zwrócił uwagę na zasadę jawności postępowania, jak również na pojęcie tajemnicy przedsiębiorstwa, przytaczając w tym zakresie liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej. Jego zdaniem, zamawiający powinien odtajnić wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum PRI METRO w całości, z uwagi na brak udowodnienia przez tego wykonawcę, że zastrzeżone przez niego informacje mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Podkreślił, iż Konsorcjum PRI METRO ograniczyło się jedynie do ogólnikowych stwierdzeń bez żadnych dodatkowych wyjaśnień i dowodów, powołując się jedynie na orzeczenie KIO, dopuszczające możliwość zastrzeżenia kalkulacji ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a w żaden sposób nie odnosząc się jednak do pozostałych przesłanek zastrzeżenia tajemnicy, w szczególności

Konsorcjum nie wykazało, aby w odniesieniu do informacji zostały podjęte jakiegokolwiek działania w celu zachowania poufności informacji, bądź też, by nie zostały one udostępnione do wiadomości publicznej. Ponadto, odwołujący III stwierdził, iż zamawiający bezkrytycznie przyjął zastrzeżenie tajemnicy przez Konsorcjum PRI METRO, wołąc nie narażać się na ewentualne zarzuty naruszenia rzekomej tajemnicy przedsiębiorstwa i ewentualnie pozostawić sprawę rozstrzygnięciu pomiędzy wykonawcami. Podkreślił, że wadliwa ocena dokonana przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, albowiem uniemożliwia innym wykonawcom zweryfikowanie prawidłowości konkurencyjnej oferty, a tym samym na skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej. Odwołujący III ponadto zauważył, iż uwzględnienie przedmiotowego zarzutu powinno skutkować unieważnieniem czynności oceny ofert, bez rozpatrywania pozostałych zarzutów merytorycznych, a dotyczących kwestii rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Konsorcjum PRI METRO.

Następnie odwołujący III z ostrożności odniósł się również do kwestii rażąco niskiej ceny oferty złożonej przez Konsorcjum PRI METRO, wskazując, iż wyjaśnienia Konsorcjum PRI METRO nie potwierdzają, że zaoferowana przez niego cena nie ma znamion rażąco niskiej. Również w tym zakresie odwołujący III przytoczył bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jak i sądów powszechnych. Stwierdził, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum PRI METRO składają się z dwóch części, tj. części ogólnej (jawnej) i załączników w postaci kalkulacji cenowej i oferty na panele GRP (części zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa), przy czym część ogólna jest bardzo ogólna i nic nie wnosząca do obalenia domniemania występowania w ofercie rażąco niskiej ceny, a odnosi się jedynie do cen innych ofert oraz wskazuje na orzecznictwo KIO. Odwołujący III zauważył, że w części ogólnej wyjaśnień wykonawca powołuje się na to, że wycena została sporządzona z uwzględnieniem własnego znacznego doświadczenia wszystkich konsorcjantów, co w żaden sposób nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Podniósł, iż chociaż to na Konsorcjum PRI METRO spoczywał ciężar wykazania swych twierdzeń i złożenia dowodów, to wykonawca ten załączył do wyjaśnień tylko ofertę na panele GRP, która odpowiada jedynie za ok. 30% całości kosztów, a nie przedstawił ofert na inne niezbędne grupy materiałowe. Odwołujący III zwrócił uwagę na fakt, że Konsorcjum PRI METRO w formularzu oferty wskazało, iż zamierza powierzyć podwykonawcom określone części zamówienia oraz, że zamierza korzystać z zasobu podmiotu trzeciego, tj. SMU, a mimo to nie została załączona do wyjaśnień oferta od tego podmiotu na wykonanie robót w charakterze podwykonawcy. Wskazał, że części zamówienia jakie według oferty Konsorcjum PRI METRO zamierzało powierzyć podwykonawcom stanowią około 60-70% wartości całości zamówienia, zaś w wyjaśnieniach Konsorcjum podało, iż znaczny zakres zamówienia wykonany zostanie siłami własnymi Konsorcjum, która to sprzeczność budzi bardzo poważne wątpliwości co do

rzetelności tych wyjaśnień. Podniósł, że choć na Konsorcjum PRI METRO spoczywał ciężar wykazania, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską i w tym celu Konsorcjum powinno złożyć nie tylko wyjaśnienia, ale i potwierdzające to dowody, to poza ofertą na panele GRP, wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie swoich wyliczeń. Zdaniem odwołującego III nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za cenę niższą niż zaoferowana przez niego, co wynika z faktu, iż jest on zdecydowanym liderem rynku usług modernizacji kanalizacji w kilku ostatnich latach i osiągnął z tego rodzaju działalności bardzo wysokie przychody i zyski, a tym samym wypracował najwyższe rabaty i najniższe ceny od kontrahentów. Reasumując stwierdził, że zamawiający błędnie ocenił, iż wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum PRI METRO obalają domniemanie rażąco niskiej ceny, a wykonawca ten wykazał, że jego cena nie jest ceną rażąco niską, albowiem pismo tego wykonawcy nie wskazuje na żadne elementy opisane w art. 90 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, a ogólnikowość i lakoniczność wyjaśnień, nie pozwala na obalenie powyższego domniemania.

W dalszej kolejności uzasadniając zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum PRI METRO w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący III wskazywał, że Konsorcjum PRI METRO nie wykazało, aby spełniło określony w pkt 5.1.2 IDW warunek posiadania wiedzy i doświadczenia z uwagi na brak realności udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego wskutek nie wykazania właściwej reprezentacji SMU-22 Sp. z o.o. Podkreślił, iż w ramach badania realności udostępnienia zasobu mieści się także badanie czy zasób został udostępniony w sposób prawidłowy, tj. przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania podmiotu udostępniającego. Zauważył, że brak jest jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego, że osoba podpisująca oświadczenie o udostępnieniu zasobów jest upoważniona do reprezentowania SMU-22 Sp. z o.o., a nadto zamawiający nie zweryfikował nawet kto (z imienia i nazwiska) reprezentował ten podmiot przy podpisaniu oświadczenia o udostępnieniu zasobów, zaś brak imiennej pieczętki tej osoby lub choćby czytelnego podpisu nie pozwala na to.

W ocenie odwołującego III brak jest również złożenia w prawidłowej formie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót przez SMU-22 Sp. z o.o., ponieważ referencje dotyczące zadania wskazanego pod poz. 2 wykazu robót, tj. od Promburbud Sp. z o.o. w ogóle nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez SMU-22 Sp. z o.o.

Ponadto, zdaniem odwołującego III Konsorcjum PRI METRO nie wykazało realności udostępnienia zasobu wskutek niewystarczającego określenia sposobu udostępnienia zasobu, ponieważ określiło go jedynie poprzez ogólnikowe wskazanie podwykonawstwa, co w żaden sposób nie zapewnia realności przekazania wiedzy i doświadczenia.

Jego zdaniem nie jest wystarczające wskazanie podwykonawstwa bez określenia, choćby przybliżonego, czego to podwykonawstwo będzie dotyczyć i jaki będzie mieć zakres, przy czym określenie przedmiotu i zakresu podwykonawstwa powinno nastąpić co najmniej przez przybliżone określenie rodzaju i kategorii prac jakie wykonać ma podwykonawca lub choćby ogólnej wartości prac powierzonych do wykonania podwykonawcy. Dodatkowo wskazał, że brak realności udostępnienia potwierdzają także wyjaśnienia Konsorcjum PRI METRO dotyczące elementów mających wpływ na zaoferowaną cenę, w których to wykonawca kładzie nacisk na samodzielną realizację zamówienia. W jego ocenie zamawiający zaniechał dokonania rzeczywistej analizy złożonego oświadczenia o udostępnieniu zasobu. Odwołujący III przytoczył również liczne orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do kwestii badania realności udostępnienia zasobów podmiotów trzecich.

Następnie, odwołujący III podnosił, że zadania wskazane przez Konsorcjum PRI METRO nie spełniają wymogów określonych w pkt 5.1.2 IDW.

Stwierdził, że zgodnie z opisem sposobu dokonania oceny warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt 5.1.2 IDW) jednym z warunków koniecznych do jego spełnienia była wartość robót, która wyznaczona została na poziomie co najmniej 10 mln PLN netto. Jednocześnie w pkt 5.3 IDW zamawiający wskazał, że wartości podane w innych walutach przeliczać będzie na PLN wg średniego kursu NBP aktualnego na dzień publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Zauważył, że z referencji wydanych dla zadania wykazanego w poz. 2 wykazu robót budowlanych wynika, że zadanie to było denominowane w walucie lokalnej czyli hrywnach (i jedynie w referencji przeliczonej na EURO), przy czym wartość prac określono na kwotę 36,4 mln UAH. Tym samym, jego zdaniem, należało dokonać przeliczenia wartości prac z waluty kontraktu (UAH), a nie z EURO, co oznacza, że przy zastosowaniu średniego kursu NBP dla hrywny z dnia 29 lutego 2016 r. (dnia 27.02.2016 roku kurs nie był publikowany przez NBP), tj. 1 UAH - 0,1471 PLN, wartość robót zostałaby określona na poziomie 5.3544 mln PLN brutto. Odnosząc się zaś do zadania wykazanego w poz. 1 wykazu robót budowlanych, stwierdził, iż jak wynika z porównania oferty Konsorcjum PRI METRO i oferty Per Aarsleff poz. 1 z wykazu Konsorcjum PRI METRO dotyczy tej samej inwestycji co inwestycja wskazana przez Per Aarsleff pod poz. 2 jego wykazu robót. Kontrakt ten denominowany był w hrywnach i jego całościowa wartość opiewała na kwotę 59.924.102,75 UAH brutto, a dokonując przeliczenia tej kwoty wg sposobu określonego powyżej otrzymana zostanie kwota kwotę 8.814.835,51 PLN brutto. Dodał, że Konsorcjum PRI METRO było podwykonawcą Per Aarsleff, a więc wykonało ograniczony zakres prac.

Odwołujący III zakwestionował także prawdziwość doświadczenia wykazanego przez Konsorcjum PRI METRO pod poz. 1 wykazu robót wskazując na istotne sprzeczności

dotyczące dat wykonania robót a określonych w wykazach robót złożonych przez to Konsorcjum oraz przez Per Aarsleff, mimo, że oba wykazy odnoszą się do tej samej inwestycji. Zauważył, że całkowicie nierealne i niemożliwe jest wcześniejsze rozpoczęcie wykonywania tej samej pracy przez podwykonawcę niż przez generalnego wykonawcę.

Reasumując stwierdził, że powyższe okoliczności budzą bardzo poważne wątpliwości co do prawdziwości danych podanych przez Konsorcjum PRI METRO, dlatego też należy zdyskwalifikować wykaz robót tego wykonawcy, co oznacza konieczność zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na wypadek jednak gdyby w ocenie Izby konieczne było uprzednie wyjaśnienie tych okoliczności w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odwołujący III stwierdził, iż podnosi zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum PRI METRO do złożenia takich wyjaśnień, w szczególności w zakresie: danych osoby reprezentującej SMU-22 Sp. z o.o.; waluty rozliczeniowej dla prac wykonywanych przez SMU-22 Sp. z o.o.; terminów realizacji robót wykonywanych przez SMU-22 Sp. z o.o. i charakteru prawnego realizacji tych robót przez SMU-22 Sp. z o.o. na rzecz Per Aarsleff A/S a wykazanych w poz. 1 wykazu robót.

Odwołujący III wskazywał ponadto, iż zamawiający zaniechał podjęcia czynności wyjaśniających, a dotyczących dokumentów złożonych przez Konsorcjum PRI METRO w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Zauważył, iż zgodnie z § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów zamawiający ma prawo zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Jednocześnie podkreślił, iż ze względu na zasadę uczciwej konkurencji oraz należytej staranności zamawiający zawsze powinien korzystać ze swego uprawnienia, gdy przy zachowaniu należytej staranności ma lub powinien mieć tego rodzaju wątpliwości. Zwrócił również uwagę na okoliczność, że w orzecznictwie Izby przyjęło się, że korzystanie z wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp czy też art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, a nie jego swobodnym uprawnieniem. Jego zdaniem tego rodzaju interpretacja powinna znaleźć zastosowanie również do przepisu § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, a zatem zamawiający winien zażądać od odbiorców Renowacji kolektora oraz Modernizacji magistrali dodatkowych informacji, a także dokumentów wskazujących na wykonanie robót i zakres prac wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby na rzecz Konsorcjum PRI METRO.

W dalszej kolejności odwołujący III odniósł się do oceny wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez Konsorcjum Molewski i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę jako zawierającej rażąco niską cenę. Jednocześnie podał, że zgadza się z decyzją zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum Molewski i odrzuceniu jego oferty

popierając zawartą w tej decyzji argumentację prawną i faktyczną, jednakże, w jego ocenie, zamawiający nie wskazał wszystkich przyczyn, które powinny skutkować wykluczeniem tego wykonawcy z postępowania, jak i odrzuceniem jego oferty. Podkreślił, że w przypadku uruchomienia procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody, przy czym jego zdaniem Konsorcjum Molewski temu wymogowi nie sprostało. Wskazał, że zamawiający nie udostępnił mu zasadniczej części wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Molewski, jednak już ogólna wiedza odwołującego pozwala mu stwierdzić, że wyjaśnienia te nie są wystarczające, dlatego też wnosi o dogłębną analizę przez Izbę tych wyjaśnień, pod kątem tego, czy zawierają one wszystkie wymagane oświadczenia i dowody na ich potwierdzenie. W ocenie odwołującego III, wyjaśnienia Konsorcjum Molewski nie zawierają wszystkich elementów niezbędnych do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, w tym wszystkich niezbędnych dowodów. W szczególności zakwestionował realność tych wyjaśnień w odniesieniu do załączonych przez wykonawcę ofert podwykonawców, stwierdzając, iż w oświadczeniach o udostępnieniu zasobów przez podmioty trzecie na rzecz Konsorcjum Molewski wskazano, że podmioty te zobowiązały się wykonać część robót związanych z przedmiotem zamówienia, a wynagrodzenie należne podmiotom udostępniającym stanowi - zgodnie z doświadczeniem życiowym - istotną część wynagrodzenia wykonawcy. Jego zdaniem, w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny powinny się znaleźć oferty tych dwóch podmiotów na wykonanie robót budowlanych w charakterze podwykonawcy, a jeżeli ich tam nie ma to znaczy, że Konsorcjum Molewski nie ujął tych kosztów przy szacowaniu swojej ceny, co musi dyskwalifikować jego wyjaśnienia oraz wskazuje na brak realności zaoferowanej ceny.

Odwołujący ponadto podniósł zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Molewski i odrzucenia jego oferty ze względu na niewykazanie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

W pierwszej kolejności wskazywał na brak udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia przez podmioty trzecie w dacie składania ofert, tj. na dzień na dzień 11 kwietnia 2016 roku. Zauważył, że pierwotny termin składania ofert upływał w dniu 8 kwietnia 2016 roku, a następnie został wydłużony do dnia 11 kwietnia 2016 roku. Podkreślił, iż oba oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez podmioty trzecie zostały rzekomo złożone dnia 8 kwietnia 2016 roku (tj. już po upływie pierwotnego terminu składania ofert), który to dzień przypadał w piątek. Jego zdaniem, sprzeczne z doświadczeniem życiowym jest, aby tak kluczowe dokumenty jak oświadczenie o udostępnieniu zasobów były uzyskiwane przez wykonawcę na jeden dzień roboczy przed upływem terminu składania

ofert. W jego ocenie jest to tym bardziej mało realne, w sytuacji, gdy dokumenty te muszą być składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, co oznacza konieczność dysponowania oryginałem, a w sytuacji, gdy jeden z podmiotów udostępniających zasoby - OCIDE - ma swoją siedzibę w Hiszpanii (Walencji) to mało prawdopodobnym jest, by oświadczenie podpisane przez niego w piątek dotarło do siedziby Konsorcjum Molewski - we Włocławku - w poniedziałek i to jeszcze w takim czasie, by podmiot ten w razie potrzeby mógł złożyć to oświadczenie razem z ofertą w Warszawie. Ponadto, przeciwko dysponowaniu przez Konsorcjum Molewski oświadczeniami w dniu składania ofert świadczy też fakt, że wykonawca ten nie przedłożył umów z tymi podmiotami (względnie ich ofert) do wyjaśnień złożonych w dniu 19 kwietnia 2016 roku dotyczących rażąco niskiej ceny. W jego ocenie całkowicie nielogiczne i nieracjonalne jest także to, aby Konsorcjum Molewski dysponując oświadczeniami o udostępnieniu zasobów na dzień składania ofert (tj. na dzień 11.04.2016 r.) nie załączył ich do oferty i nie wskazywał tego wykonawcy w formularzu ofertowym. Ponadto, Konsorcjum Molewski zwracał się do zamawiającego z wnioskiem o wydłużenie terminu złożenia uzupełnienia dokumentów, czego, zdaniem odwołującego III, z pewnością nie musiałby czynić, gdyby posiadał już dokumenty od OCIDE i IDS.

W ocenie odwołującego III powyższe okoliczności bezsprzecznie wskazują na to, że w dniu 11 kwietnia 2016 r. Konsorcjum Molewski nie dysponowało zasobami udostępnionymi przez IDS i OCIDE.

Następnie odwołujący III wskazywał na brak realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia, powołując się jednocześnie na argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutów stawianych Konsorcjum PRI METRO w tym zakresie. Podkreślił, że zarówno w oświadczeniu o udostępnieniu zasobów IDS, jak i w oświadczeniu OCIDE wskazane jest, że podmioty te obowiązały się wykonać część robót związanych z przedmiotem zamówienia (roboty budowlane, sanitarne) na podstawie umowy podwykonawczej - umowy o roboty budowlane, a takie określenie sposobu udostępnienia nie jest wystarczające, gdyż w oświadczeniu nie został określony zakres tego podwykonawstwa, nie wiadomo też jaki zakres prac będzie wykonany przez OCIDE, a jaki przez IDS. Ponadto zwrócił uwagę, że jeśli w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny Konsorcjum Molewski nie przedłożyło umów lub ofert tych podmiotów, które wskazywałyby na to, że faktycznie IDS i OCIDE będą podwykonawcami, to potwierdzać to będzie, że rzeczywisty udział tych podmiotów w realizacji zamówienia nie został przewidziany, co skutkuje brakiem realności udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Podniósł, że Konsorcjum Molewski było już wzywane do uzupełnienia oferty w kwestionowanym zakresie, stąd brak możliwości ponownego uzupełnienia.

Dodatkowo odwołujący III zwracał uwagę na brak spełniania wymogów technologicznych przez roboty wykonane przez OCIDE, a mianowicie stwierdził, iż z treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów złożonym przez OCIDE wynika, że podmiot ten wykonywał „*renowacje i odbudowę sieci dystrybucji i systemu kanalizacji oraz oczyszczalni ścieków komunalnych w Caideo i Moieciu*”, a z samego opisu powyższych prac wynika, że prace te nie były wykonywane w technologii modułowej, jakiej oczekiwał zamawiający. Stwierdził, że technologia renowacji za pomocą modułów jest całkowicie inną technologią niż renowacja za pomocą rur. Wyjaśniał, iż technologia montażu modułów wymaga m.in., aby kanał w czasie renowacji był wolny od mediów, więc na czas trwania prac należy przygotować system przepompowania zapewniający stały przepływ ścieków i technologia ta nie wymaga wykopu starych rur czym różni się np. od renowacji poprzez wymianę dotychczasowej sieci. Jego zdaniem z załączonego zobowiązania nie wynika fakt zastosowania technologii z użyciem modułów.

Ponadto, wskazał, że z załączonych dokumentów przez Konsorcjum Molewski nie wynika aby roboty miały wartość wymaganą przez zamawiającego, tj. 10,000.000,00 zł bez podatku VAT, a co więcej z samego zobowiązania wynika, że prace w ramach tego zadania obejmowały także oczyszczalnie ścieków co nie było związane z wymogiem stawianym przez zamawiającego. Stwierdził, że nawet jeśli wartość kontraktu jako całości spełnia wymogi kwotowe stawiane w IDW to obejmuje zapewne także kwestie oczyszczalni ścieków, co nie może być brane pod uwagę przy ocenie spełniania postawionego warunku wiedzy i doświadczenia.

Reasumując stwierdził, że z uwagi na powyższe wykonawca Konsorcjum Molewski nie wykazało spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Dalej, odwołujący III podnosił, że w ramach badania realności udostępnienia zasobu mieści się także badanie czy zasób został udostępniony w sposób prawidłowy, tj. przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania podmiotu udostępniającego. W jego ocenie Konsorcjum Molewski nie spełnił tego wymogu, albowiem nie wykazał, aby osoba podpisująca zobowiązanie w imieniu OCIDE, tj. p. R.C.O., był upoważniony do reprezentowania podmiotu udostępniającego zasoby. Odwołujący III wskazał, że Konsorcjum Molewski celem wykazania umocowania przedłożyło wyciąg z rejestru handlowego dla OCIDE, przetłumaczony na język polski, jednak jego zdaniem, przedłożone tłumaczenie nie jest wierne oryginałowi, lub wręcz jest to tłumaczenie innego dokumentu. Odwołujący III w uzasadnieniu odwołania przywołał owe rozbieżności. Stwierdził, że skoro oryginał tego dokumentu powinien być złożony wraz z tłumaczeniem na język polski to zaniechanie powyższego musi skutkować uznaniem, że wykonawca nie wykazał, aby p. R.C.O. był

uprawniony do podpisania oświadczenia o udostępnieniu zasobu. Dodatkowo zauważył, że z oryginalnej wersji językowej odpisu z rejestru handlowego wynika jedynie, iż p. R.C.O. jest członkiem zarządu OCIDE, ale nie wynika, aby sam był uprawniony do reprezentowania tej spółki, ponieważ bycie członkiem zarządu spółki kapitałowej nie jest równoznaczne z prawem do jej jednoosobowej reprezentacji.

Odwołujący III podnosił również zarzut zaniechania wykluczenia Konsorcjum Molewski z postępowania oraz odrzucenia jego oferty ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji, co potwierdzać miały okoliczności opisane w pkt 10 uzasadnienia odwołania, jednak w tym zakresie odwołujący III cofnął zarzut w trakcie posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 czerwca 2016 roku.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Blejkan S.A. z siedzibą w Szczecinie, 2) Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 906/16 oraz KIO 917/16 po stronie zamawiającego [zwanym dalej łącznie: „Przystępującym I” lub „Konsorcjum Blejkan”];

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16 oraz KIO 929/16 po stronie zamawiającego [zwanym dalej łącznie: „Przystępującym II” lub „Konsorcjum PRI METRO”];

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 929/16 po stronie zamawiającego [zwanym dalej łącznie: „Przystępującym III” lub „Konsorcjum Molewski”].

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 30 maja 2016 roku przekazał wykonawcom, biorącym udział w postępowaniu, zawiadomienie o wniesieniu odwołań, wniesionych odpowiednio w sprawach: KIO 906/16, KIO 917/16 oraz 929/16 wraz z kopiami tych odwołań. Zatem, termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 3 czerwca 2016 roku. Pisma, zawierające zgłoszenia przystąpienia, o którym mowa powyżej, doręczone zostały - w formie pisemnej lub w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu - Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowo określonym terminie (tj. w dniach 1 czerwca 2016 roku – Konsorcjum Blejkan, 2 czerwca 2016 roku – Konsorcjum Molewski oraz 3 czerwca 2016 roku – Konsorcjum PRI METRO), przy czym zgłaszający przystąpienie wskazali stronę, do której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść tej strony oraz załączyli do przystąpienia dowody przesłania stronom kopii zgłoszenia przystąpienia.

Odwołujący I zgłosił do protokołu zastrzeżenie co do skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Konsorcjum Blejkan podnosząc, iż wykonawca ten nie przesłał mu kopii zgłoszenia przystąpienia w terminie określonym w art. 185 ust 2 ustawy Pzp (tj. w terminie 3 dni), a uczynił to dopiero w dniu 13 czerwca 2016 roku, a nadto przesłana kopia zgłoszenia przystąpienia nie zawierała załącznika wskazanego w pkt 6 pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia, tj. dowodów nadania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Izba uznała zgłoszone zastrzeżenie za bezzasadne, stwierdzając, iż do pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego Konsorcjum Blejkan załączyło dowód przesłania odwołującemu I – za pośrednictwem poczty elektronicznej - kopii zgłoszenia przystąpienia, na adres e-mailowy, wskazany w odwołaniu, z którego wynikało, że kopia zgłoszenia została przesłana w dniu 1 czerwca 2016 roku. Absurdalny okazał się też argument dotyczący przesłania niepełnej kopii zgłoszenia przystąpienia, albowiem załączniki, których rzekomo nie przekazało Konsorcjum Blejkan w postaci dowodów przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia nie mają charakteru merytorycznego, a stanowią jedynie dowód potwierdzający przesłanie kopii zgłoszenia przystąpienia w przypadku zaistnienia wątpliwości w tym zakresie, co w konsekwencji może wpłynąć na ocenę kwestii skuteczności przystąpienia danego wykonawcy do postępowania odwoławczego dokonywaną przez Izbę. Co więcej trudno oczekiwać, aby do kopii zgłoszenia przystąpienia przesyłanej odwołującemu został jednocześnie dołączony dowód przekazania takiej kopii temu podmiotowi i za nieuzasadnione też należy uznać oczekiwanie, iż odwołującemu winien zostać przesłany dowód przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu.

Z tych też względów Izba uznała, że Przystępujący I skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zarówno w sprawie o sygn. akt: KIO 906/16, jak i KIO 917/16, a tym samym stał się uczestnikiem tych postępowań.

Ponadto, zarówno odwołujący II, jak i odwołujący III wnosili o niedopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego Przystępującego II – Konsorcjum PRI METRO wskazując m.in., że pełnomocnictwo dla osoby podpisującej pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, tj. dla pana A. K., zostało udzielone wcześniej niż pełnomocnictwo konsorcjalne dla lidera – Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o., co oznacza, że pełnomocnictwo udzielone panu A. K. dnia 08.02.2016 r. upoważniało go wyłącznie do reprezentowania Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o., lecz już nie jego konsorcjantów. Ponadto, wskazano, że pełnomocnictwo udzielone panu A. K. nie obejmuje swoim zakresem reprezentowania Konsorcjum PRI METRO w postępowaniu odwoławczym, w tym czynności zgłoszenia przystąpienia. Dodatkowo zauważono, że wykonawca zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego Prezesowi Izby winien wykazać swoje umocowanie do zgłoszenia przystąpienia, zaś wykonawca uczynił to dopiero w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego składając uchwałę w zakresie powołania pana A. K. na członka zarządu. Zwrócono również uwagę, że przystąpienie zostało podpisane przez pana A. K. jako pełnomocnika a nie jako prezesa zarządu spółki PRI Metro Sp. z o.o. a różne są zakresy umocowania zarówno pełnomocnika, jak i członka zarządu i pan A. K. mając świadomość swojej funkcji nie wziął na siebie odpowiedzialności i nie podpisał zgłoszenia przystąpienia jako prezes zarządu.

Izba uznała zgłoszone zastrzeżenia za bezzasadne, stwierdzając, iż zgłoszenie przystąpienia dokonane w imieniu Konsorcjum PRI METRO zostało podpisane przez osobę uprawnioną do występowania w imieniu tego Konsorcjum. Otóż, zgłoszenie przystąpienia zostało podpisane przez pana A. K.. Jak wynikało z przedłożonych w toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 czerwca 2016 roku przez Konsorcjum PRI METRO dokumentów, tj. protokołu Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia 25 maja 2016 roku oraz uchwały nr 1 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników Spółki Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach z dnia 25 maja 2016 roku w sprawie zmian w składzie zarządu, członkiem zarządu w związku z rezygnacją dotychczasowego Prezesa Zarządu został powołany pan A. K.. Dodatkowo Konsorcjum PRI METRO złożyło potwierdzenie złożenia wniosku do KRS o zmianę danych podmiotu w rejestrze przedsiębiorców.

Mając na uwadze fakt, iż pan A. K. podpisując zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu Konsorcjum PRI METRO pełnił funkcję Prezesa Zarządu, a zatem był uprawniony do występowania w imieniu lidera Konsorcjum to działając na podstawie pełnomocnictwa konsorcjalnego z dnia 15 marca 2015 roku był uprawniony do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w imieniu Konsorcjum PRI METRO. Bez znaczenia także dla oceny prawidłowości umocowania osoby podpisującej zgłoszenie przystąpienia w niniejszej sprawie była okoliczność podnoszona przez odwołującego III, iż w innym postępowaniu, wszczętym już po dokonanych zmianach w składzie zarządu, pan A. K. w dalszym ciągu podpisuje oferty nie jako Prezes Zarządu, lecz jako pełnomocnik, działający na podstawie pełnomocnictwa podpisanego przez Panią K.D..

Z tych też względów Izba uznała, że Przystępujący II skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zarówno w sprawie o sygn. akt: KIO 906/16, KIO 917/16, jak i KIO 929/16, a tym samym stał się uczestnikiem tych postępowań.

Nie zgłoszono żadnych zastrzeżeń ani opozycji względem przystąpienia Przystępującego III – Konsorcjum Molewski do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 929/16 po stronie zamawiającego. Izba również uznała, że Przystępujący III skutecznie dokonał zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 929/16 po stronie zamawiającego, a tym samym stał się uczestnikiem tego postępowania.

Następnie Izba ustaliła, że w ustalonym w przedmiotowej sprawie stanie faktycznym nie ma podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w oparciu o przesłanki, określone w art.189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 13 czerwca 2016 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pisemne odpowiedzi na odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 906/16 oraz 929/16, w których oświadczył, iż uwzględni w całości odwołania wniesione w sprawach o sygn. akt KIO 906/16 i o sygn. akt: KIO 929/16.

W toku posiedzenia z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego w dniu 14 czerwca 2016 roku Przystępujący I – Konsorcjum Blejkan oraz Przystępujący II – Konsorcjum PRI METRO, działając na podstawie art. 186 ust. 5 ustawy Pzp wnieśli – ustnie do protokołu – sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 906/16. Ponadto, działając w tym samym trybie Przystępujący II – Konsorcjum PRI METRO oraz Przystępujący III - Konsorcjum Molewski wnieśli - ustnie do protokołu - sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w sprawie o sygn. akt: KIO 929/16.

Izba ustaliła również, że wszystkim odwołującym, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiącego, że *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy, przysługiwało prawo do wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego*, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, w tym z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, protokołu postępowania, ofert wykonawców, korespondencji zamawiającego z wykonawcami, a nadto z zawiadomienia o wynikach postępowania z dnia 20 maja 2016 r.

Ponadto Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentów złożonych przez strony i uczestników postępowania odwoławczego.

Złożoną przez odwołującego w sprawie KIO 929/16 opinię sporządzoną przez Pana T.L. - Prezesa Zarządu Stowarzyszenia Inżynierów Doradców i Rzeczoznawców, Izba uwzględniła jako stanowisko własne strony, mając przede wszystkim na uwadze fakt, iż przedmiotowa opinia została sporządzona w oparciu o dokumenty co do których odwołujący nie przedłożył tłumaczenia na język polski, a nadto ze stanowiska odwołującego przedstawionego w toku rozprawy wynika, że osoba sporządzająca opinię opracowała ją w oparciu o wybiórczo tłumaczone fragmenty dokumentów sporządzone w języku obcym, sama nie posiadając stosownej wiedzy w zakresie języka rumuńskiego. W związku z powyższym przedmiotowy dokument Izba mogła wyłącznie uwzględnić jako stanowisko własne odwołującego.

Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy odwołującego w sprawie KIO 929/16 o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu budownictwa z udziałem biegłych tłumaczy języka rumuńskiego na okoliczność czy w ramach zamówienia wskazanego w poz. 4 wykazu robót złożonych przez Konsorcjum Molewski zostały wykonywane prace dotyczące renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych i jaka jest wartość tych prac z uwzględnieniem wszelkich dokumentów publicznie dostępnych oraz w oparciu o załączniki załączone do złożonej opinii Pana T.L., a także udostępnione przez spółkę APA Brasov S.A., jako powołany jedynie dla zwłoki. Zwrócić należy uwagę, że opinia miałyby zostać wydana m.in. na podstawie dokumentów złożonych przez odwołującego w języku rumuńskim bez tłumaczenia na język polski. Podkreślić należy, że to odwołujący był zobowiązany przedstawiać wszelkie dokumenty wraz z tłumaczeniem na język polski na potwierdzenie swoich wniosków i twierdzeń. Odwołujący nie uprawdopodobnił w żaden

sposób okoliczności uzasadniających powołanie biegłego w tej sprawie, a przede wszystkim powoływał się na dokumenty, co do których nie przedstawił tłumaczenia na język polski. Ponadto, z zakreślonego wniosku dowodowego wynika, że biegły byłby zobowiązany do uwzględnienia wszelkich dokumentów publicznie dostępnych, przy czym odwołujący nawet nie wskazał źródła, gdzie biegli mieliby poszukiwać tych dokumentów.

Ponadto, Izba postanowiła oddalić wniosek dowodowy odwołującego w sprawie KIO 929/16 o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana D.B. na okoliczność wskazania ile prac było realizowanych w technologii modułów renowacyjnych oraz jaka była wartość prac wykonywanych w tej technologii, jako powołany jedynie dla zwłoki, stwierdzając, że okoliczności, na udowodnienie których miałyby być powołany ten świadek zostały wskazane w korespondencji e-mailowej pochodzącej od tej osoby.

Wskazać jednocześnie należy, że całkowicie niezrozumiałe jest, iż odwołujący w sprawie KIO 929/16 złożył wnioski dowodowe dopiero podczas trzeciego terminu na jaki została odroczone rozprawa. Nie pojawiły się bowiem w trakcie żadne nowe okoliczności, które uzasadniałyby tak późne sformułowanie tych wniosków dowodowych, a które nieznanne byłyby wcześniej odwołującemu, sama zaś rozprawa odbywała się w dniach 14, 20 i 22 czerwca 2016 roku. Powyższe również wskazuje na to, że dowody te zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Nadto, Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone w pismach procesowych oraz stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu rozprawy z dnia 14, 20 i 22 czerwca 2016 roku.

Rozpatrując odwołania w granicach podnoszonych zarzutów – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – przy uwzględnieniu cofnięcia przez odwołującego w sprawie KIO 929/16 zarzutu opisanego szczegółowo w pkt 10 odwołania - Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 906/16

W pierwszej kolejności odwołujący I podniósł zarzuty dotyczące wykonawców wspólne ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu [zwanym dalej łącznie: „Konsorcjum PRI METRO”], a mianowicie:

- zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Konsorcjum PRI METRO spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp poprzez uznanie, iż Konsorcjum PRI METRO wykazało, iż posiada wiedzę i doświadczenie;
- zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PRI METRO z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pomimo niewykazania spełniania przez Konsorcjum warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania poprzez złożenie nierzetelnych referencji;
- zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum PRI METRO pomimo, iż złożona została przez wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowania.

Wszystkie powyższe zarzuty zostały podniesione w związku z twierdzeniami odwołującego I, iż Konsorcjum PRI METRO nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, ponieważ polegało na zasobach podmiotu trzeciego - SMU – 22 Sp. z o.o., która w rzeczywistości, jako podwykonawca Per Aarsleff A/S nie wykonywała w żadnym zakresie robót polegających na: *„Renowacji istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP DN1670/21 mm i 1320x1320x21mm o całkowitej długości 1670 metrów”*, zaś cały zakres robót polegających na renowacji został wykonany przez Per Aarsleff A/S. Ponadto, posłużenie się nierzetelnymi referencjami, wystawionymi przez Per Aarsleff A/S, która miała w wyniku błędu ująć w tych referencjach również prace polegające na renowacji istniejącego tunelu, zdaniem odwołującego I, świadczyło o złożeniu przez Konsorcjum PRI METRO nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zamawiający w Części I SIWZ - *Instrukcji dla Wykonawców* [zwanej dalej: „IDW”] – w pkt 5.1.2. wskazał, 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”.

Konsorcjum PRI METRO w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, o którym mowa powyżej, przedstawiło wraz z ofertą wykaz wykonanych robót budowlanych oraz referencje, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego, tj. SMU-22 Sp. z o.o., która wykonywała roboty budowlane jako podwykonawca Per Aarsleff A/S, a polegające na „Renowacji sekcji głębokiego kolektora tunelu od MH nr 1 do nr 2 w Odessie”. W treści referencji z dnia 7 marca 2016 roku, które zostały załączone do oferty Konsorcjum PRI METRO, Dyrektor Generalny Biura Przedstawicielstwa Per Aarsleff A/S poświadczył, iż Per Aarsleff A/S zatrudniło CMU-22 w celu wykonania prac podwykonawczych z zakresu:

- *Przejęcie, utworzenie i przywracanie tymczasowych obszarów roboczych w MH Nr 1, MH Nr 2 i lokalizacja szybów wentylacyjnych do wykorzystania podczas realizacji zamówienia,*
- *Ogólne przygotowanie prac budowlanych w tym czyszczenie tunelu, usuwając zanieczyszczenia z sektora MH Nr 1A i z innych miejsc w tunelu,*
- *Wypełnienie przestrzeni pomiędzy zewnętrzną okładziną segmentową i odkrytą powierzchnią tunelu, w tym wiercenie otworów wiertniczych,*
- *Wmurowanie i wypełnianie starych wyrobisk górniczych, katakumb i podziemnych chodników, które są w kontakcie z tunelem i mogą być niebezpieczne dla stabilności okładzin lub może prowadzić do niekontrolowanego odpływu zaprawy,*
- *Renowacji istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP DN1670/21 mm i 1320x1320x21mm o całkowitej długości 1670 metrów,*
- *Budowa trzech szybów wentylacyjnych o głębokości 30 - 38 m, zawierających prace konstrukcyjne i łączenie szybów z tunelem,*
- *Prace na rzecz odbudowy i wykończenia (włączając w to instalacje odpowiedniego sprzętu) do wjazdu Nr 1A.*

Odwołujący I zakwestionował zakres robót wynikających z przedłożonych referencji twierdząc, iż SMU-22 Sp. z o.o. w ramach robót wykonanych na rzecz Per Aarsleff A/S nie wykonywała robót polegających na renowacji istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP w ramach kontraktu „Zakończenie i renowacja sekcji głębokiego kolektora tunelu od MH nr 1 do Nr 2” i nie nabyła w tym zakresie żadnej wiedzy i doświadczenia jako podwykonawca Per Aarsleff A/S. Odwołujący I ponadto wskazywał, że wskazanie tych robót w treści referencji wystawionych przez Per Aarsleff A/S na rzecz podwykonawcy SMU – 22 Sp. z o.o. nastąpiło w wyniku błędu, który polegał na wpisaniu do treści referencji całości robót kontraktowych. Jako dowód odwołujący I złożył:

- oświadczenie Per Aarsleff A/S z dnia 25 maja 2016 roku do Referencji nr 008/16 z dnia 7 marca 2016 roku (podpisane przez osobę, która podpisywała również referencje z dnia

7 marca 2016 roku), wskazujące na zakres robót do jakich Per Aarsleff A/S zatrudnił SMU-22 Sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy oraz zawierające informację, że SMU-22 Sp. z o.o. nie wykonywało w żadnym zakresie robót polegających na renowacji istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP, które to roboty wykonane zostały przez Per Aarsleff A/S;

- pismo Per Aarsleff A/S z dnia 25 maja 2016 roku (również podpisane przez osobę, która podpisywała referencje z dnia 7 marca 2016 roku) informujące SMU-22 o anulowaniu pisma z dnia 7 marca 2016 roku dotyczącego wykazu prac podwykonawczych wykonanych przez SMU-22 i stwierdzające, iż z powodu błędu technicznego, prace dot. rekonstrukcji wewnętrznej powierzchni istniejącego tunelu za pomocą segmentów z włókna szklanego (GRP), które w całości zostały wykonane przez specjalistów spółki Per Aarsleff A/S zostały wykazane w zakresie prac wykonanych przez SMU-22;

- umowę kontraktową zawartą w dniu 19 października 2012 roku pomiędzy Przedsiębiorstwem Komunalnym „Agencja Programów Rozwoju Odessa” przy Radzie Miasta Odessa a spółką Per Aarsleff A/S na wykonanie: *„Przebudowy tunelowego kolektora kanalizacyjnego głębokiego zalegania na odcinku od MH nr 1 do MH nr 2”*;

- umowę podwykonawstwa nr Od-01/13 z dnia 12 stycznia 2013 roku zawartą pomiędzy Per Aarsleff A/S a SMU-22 na wykonanie określonego zakresu zleconych prac oraz wyświadczenia usług towarzyszących dotyczące ukończenia i przebudowy tunelowego kolektora głębokiego zalegania na odcinku od MH nr 1 do MH nr 2 wraz z załącznikami;

- umowę podwykonawstwa nr Od-02/13 z dnia 12 kwietnia 2013 roku zawartą pomiędzy Per Aarsleff A/S a SMU-22 na wykonanie określonego zakresu zleconych prac oraz wyświadczenia usług towarzyszących dotyczące wykonania węzła przecięcia pomiędzy istniejącym kolektorem i kolektorem deszczowym w rejonie MH1A wraz z załącznikami.

Z kolei zgłaszający przystąpienie - Konsorcjum PRI METRO - przedstawił w toku postępowania odwoławczego list referencyjny z dnia 26 maja 2014 roku wystawiony przez zastępcę dyrektora Przedsiębiorstwa Gminnego Rady Miasta Odessa „Agencji ds. Programów Rozwoju Miasta Odessa” potwierdzający wykonanie przez SMU robót polegających m.in. na renowacji głębokiego kolektora ściekowego. Ponadto, Konsorcjum PRI METRO przedstawiło pozwolenie na wykonywanie robót budowlanych wydane Agencji Programów Rozwoju Odessa jako zamawiającemu oraz SMU-22 Sp. z o.o. jako generalnemu podwykonawcy dotyczące rekonstrukcji tunelowego kolektora głębokiego zalegania.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.*

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, iż: *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu*. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp stanowi, iż: *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania*. Natomiast z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wynika, że: *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert*.

Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie potwierdza w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że Konsorcjum PRI METRO złożyło nierzetelne referencje, a tym samym, że nie potwierdziło spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, opisanego w pkt 5.1.2. IDW, czy też, że złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że wystawcą referencji z dnia 7 marca 2016 roku i podmiotem na rzecz którego SMU-22 Sp. z o.o. wykonywała roboty w ramach zawartych umów podwykonawstwa była spółka Per Aarsleff A/S, tj. wykonawca, który jest jednym z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i jednocześnie wnoszących niniejsze odwołanie. Referencje, które zostały załączone do oferty Konsorcjum PRI METRO zostały wystawione 7 marca 2016 roku, natomiast pismo o cofnięciu referencji zostało sporządzone w dniu 25 maja 2016 roku, a zatem po zainicjowaniu postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie.

Przed wszystkim zauważyć jednak należy, że zdaniem odwołującego I, przedstawione przez niego umowy podwykonawcze wraz z załącznikami miały potwierdzać zakres robót wykonanych w rzeczywistości przez SMU-22 Sp. z o.o. na rzecz Per Aarsleff A/S. Uczestnik postępowania odwoławczego - Konsorcjum PRI METRO w trakcie rozprawy podnosił, że odwołujący I nie przedstawił wszystkich umów podwykonawczych i wszystkich załączników, z których wynikałby rzeczywisty zakres prac wykonanych przez SMU-22 Sp. z o.o. na rzecz Per Aarsleff A/S. Jednocześnie podnieść należy, że już z zestawienia treści umów podwykonawczych i wynikającego z nich rzekomego zakresu prac wykonanych przez SMU-22 Sp. z o.o. z treścią oświadczenia Per Aarsleff A/S z dnia 25 maja 2016 roku do referencji, z którego wynika, że podmiot ten zatrudnił SMU-22 Sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy robót w zakresie wymienionych w tym piśmie prac, wynika wniosek, iż zakres prac, które miał wykonywać SMU-22 Sp. z o.o., wskazany w tych dokumentach nie jest tożsamy, co budzi wątpliwości co do dokumentów przedłożonych przez odwołującego I. Mianowicie oświadczenie Per Aarsleff A/S z dnia 25 maja 2016 roku do referencji z dnia 7 marca 2016 roku, wskazuje na znacznie szerszy zakres prac niż wynikający z umów

podwykonawczych i załączników do tych umów przedstawionych przez odwołującego I. Jako przykład można podać roboty w zakresie budowy trzech szypów wentylacyjnych, wmurowania i wypełnienia starych wyrobisk górniczych, katakumb i podziemnych chodników, wypełnienia przestrzeni między zewnętrzną okładziną segmentową i odkrytą powierzchnią tunelu, w tym wiercenie otworów wiertniczych, które zostały wskazane w ww. oświadczeniu do referencji jako roboty do wykonania, których Per Aarsleff A/S miało zatrudnić SMU-22 Sp. z o.o. w charakterze podwykonawcy, a które to nie wynikają z przedłożonych przez odwołującego I umów podwykonawczych i załączników do tych umów, mających obrazować zakres prac rzeczywiście wykonanych przez SMU-22 Sp. z o.o. na rzecz Per Aarsleff A/S. Zatem, nawet w oświadczeniu z dnia 25 maja 2016 roku, po rzekomej weryfikacji referencji z dnia 7 marca 2016 roku, Per Aarsleff A/S wskazuje na szerszy zakres prac zleconych SMU-22 Sp. z o.o. w ramach podwykonawstwa, niż wynikający z przedstawionych przez odwołującego I umów podwykonawczych i załączników do nich.

Wątpliwości budzi też fakt, iż z zakresu prac potwierdzonego pierwotnymi referencjami z dnia 7 marca 2016 roku, wedle oświadczenia Per Aarsleff A/S z dnia 25 maja 2016 roku, SMU-22 Sp. z o.o., jako podwykonawca, miała nie wykonywać jedynie robót polegających na renowacji istniejącego tunelu w wewnętrznej powierzchni segmentami GRP, czyli robót potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, określonego w pkt 5.1.2 IDW.

Powyżej przedstawione okoliczności mogą wskazywać na to, że wycofanie referencji przez Per Aarsleff A/S oświadczeniem z dnia 25 maja 2016 roku może stanowić element gry konkurencyjnej.

Z kolei Konsorcjum PRI METRO w toku postępowania odwoławczego przedstawiło list referencyjny z dnia 26 maja 2014 roku pochodzący od Przedsiębiorstwa Gminnego Rady Miasta Odessa „Agencji ds. Programów Rozwoju Miasta Odessa”, czyli inwestora, potwierdzający wykonanie przez SMU-22 Sp. z o.o. prac m.in. polegających na renowacji grawitacyjnego kolektora ściekowego o całkowitej długości 1670 m. W toku postępowania odwoławczego podnoszono, iż Agencja ds. Programów Rozwoju Miasta Odessa, nie jest stroną umowy Per Aarsleff A/S z podwykonawcą SMU-22 Sp. z o.o., a zatem nie może mieć wiedzy co do zakresu prac wykonanych przez ten podmiot. Biorąc jednak pod uwagę treść umowy kontraktowej z dnia 19 października 2012 roku zawartej pomiędzy Przedsiębiorstwem Komunalnym „Agencją Programów Rozwoju Odessy” przy Radzie Miasta Odessa a spółką Per Aarsleff A/S należy wywieść wniosek, iż Agencja mogła i powinna posiadać taką wiedzę. Otóż, regulacje zawarte w umowie kontraktowej odnoszące się do kwestii podwykonawstwa (pkt 7 Ogólnych Warunków Kontraktu) wskazują na to, że wykonawca, tj. Per Aarsleff A/S, może dokonać podzlecenia prac, ale za zgodą Kierownika

Projektu. Nie może też przenieść Kontraktu bez pisemnego zatwierdzenia Zleceniodawcy, tj. Agencji. Kierownikiem Projektu zgodnie z tą umową miała być osoba wyznaczona przez zleceniodawcę, czyli Agencję.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołujący I nie udowodnił, iż Konsorcjum PRI METRO złożyło nierzetelne referencje, a tym samym nie udowodnił okoliczności, będących podstawą podnoszonych zarzutów. Dodatkowo, wskazać należy, iż w kontekście wykazywanych przez odwołującego I okoliczności w uzasadnieniu odwołania, niezrozumiałym jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, zgodnie z którym: *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.* Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dotyczy bowiem kwestii możliwości udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie na rzecz wykonawcy. Natomiast samo wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, a więc ustalenie, jakie jest w rzeczywistości doświadczenie podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał oraz czy odpowiada ono warunkom udziału w postępowaniu, jest kwestią odrębną.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że zarzuty, o których mowa powyżej, są bezzasadne.

Zarzut naruszenia art 90 ust. 3 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego I pomimo braku przesłanek do odrzucenia oferty tego wykonawcy i wykluczenia go od udziału w postępowaniu.

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, również i do odwołującego I, 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 odwołującego I opiewa na kwotę 16.409.676,00 zł z podatkiem VAT, a zatem jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia. Zgodnie 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.

Jak wynika z powyżej powołanego przepisu, skoro cena oferty odwołującego I jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia, zamawiający miał obowiązek wezwania go do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, któremu to obowiązkowi zamawiający zadośćuczynił. Zatem, argumentacja podnoszona przez odwołującego I w odwołaniu, iż średnia arytmetyczna wszystkich ofert wraz z podatkiem VAT to cena wyższa zaledwie o 12 000 zł od ceny ofertowej odwołującego I oraz, że cena oferty wybranej przez w wyniku przeprowadzonego postępowania jest o ponad milion złotych niższa od ceny ofertowej odwołującego I, nie niweluje obowiązku złożenia wyjaśnień. Jednocześnie należy zauważyć, że wyjaśnienia te nie mogą być jedynie składane pro forma, lecz muszą być rzetelne i przekonywać, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Odwołujący I złożył wyjaśnienia pismem datowanym na dzień 18 kwietnia 2016 roku.

Zamawiający dokonując oceny wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożonych przez odwołującego I, uznał, że wykonawca nie udowodnił, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny i w konsekwencji odrzucił ofertę odwołującego I na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający ponadto wskazał w uzasadnieniu faktycznym podjętej decyzji, że wykonawca przesłał do zamawiającego pismo z ogólnymi stwierdzeniami dotyczącymi zaproponowanej ceny i oświadczeniem, że zaproponowana cena dotyczy pełnego zakresu. Jednocześnie podniósł, iż do pisma nie zostały załączone dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W ocenie Izby czynność podjęta przez zamawiającego, a polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego I na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp była prawidłowa.

Przede wszystkim należy wskazać, iż stosownie do art. 90 ust. 2 ustawy Pzp: *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.* Przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z kolei stanowi, iż: *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.* Ponadto, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp: *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone przez odwołującego I są ogólnikowe i zawierają lakoniczne stwierdzenia poprzez odniesienie się hasłowo do takich okoliczności jak: wieloletnie doświadczenie, stosowanie w sposób powtarzalny zoptymalizowanych rozwiązań organizacyjno-technicznych, które są również zoptymalizowane ekonomicznie, dysponowanie stabilnym personelem, własnym sprzętem i urządzeniami do renowacji kanalizacji, panelami GRP, bazą noclegową, zapasami sprzętowymi. Odwołujący I nie przedstawił rzetelnych wyjaśnień w jaki sposób i w jakim wymiarze okoliczności te mogą wpływać na cenę oferty, a przede wszystkim nie załączył do wyjaśnień stosownych dowodów. Nadto, przedmiotowe wyjaśnienia, zawierają oświadczenie odwołującego I, że zaproponowana przez niego cena dotyczy pełnego zakresu obejmującego wszystkie wymagania wskazane w SIWZ i uwzględnia wszystkie niezbędne koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia oraz zawiera koszty dotyczące robót przygotowawczych, ziemnych i odtworzeniowych, organizacji placu budowy, utrzymania zaplecza budowy, materiałów, transportu, związane z zajęciem i zabezpieczeniem pasa drogowego, przepompowania ścieków czy związane z budową i likwidacją tymczasowych dróg. Oprócz tego ogólnego oświadczenia odwołujący I nie przedstawił szczegółowych wyjaśnień odnoszących się do poszczególnych rodzajów kosztów przez niego wskazanych, w tym w jaki sposób przekłada się to na zaoferowaną cenę, jak również nie odnosił się w jakikolwiek sposób do wartości wskazanych przez siebie rodzajów kosztów, a przede wszystkim nie przedstawił jakichkolwiek dowodów w tym zakresie, mimo, iż został do tego wezwany przez zamawiającego. Odwołujący I złożył taki dowód dopiero w toku postępowania odwoławczego, załączając kalkulację do odwołania, a nadto przedstawił dodatkowe wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na cenę oferty. Podnieść jednak należy, że złożenie takich dowodów, jak i dodatkowych wyjaśnień, należy uznać za spóźnione, gdyż powinny one zostać przedstawione zamawiającemu na jego wezwanie. Odwołujący I podnosił ponadto w toku rozprawy, iż pewne okoliczności,

właściwe odwołującemu, są znane zamawiającemu i dlatego nie uznał za konieczne ich przedstawienia w sposób szczegółowy w złożonych wyjaśnieniach. Niemniej jednak nie wykazał tego w żaden sposób. Twierdzenia, iż odwołujący I jest partnerem innego podmiotu (Muzeum w Wilanowie) oraz, że zamawiający ma w tym zakresie wiedzę, również nie wskazuje na to w jaki sposób mogłoby to się przekładać na zaoferowaną cenę w tym konkretnym postępowaniu. Nie zasługiwał również na uwzględnienie argument odwołującego, iż w innym postępowaniu, prowadzonym przez tego samego zamawiającego, złożył podobne wyjaśnienia i, że w tamtym postępowaniu jego wyjaśnienia zostały uwzględnione, a zatem miał wysoce uzasadnione przekonanie, że zarówno forma, jak i treść złożonych przez niego wyjaśnień odpowiadają żądaniu zamawiającego i zostaną uznane przez niego za pełne i wystarczające. Przede wszystkim należy zauważyć, że każde postępowanie charakteryzuje się swoją specyfiką oraz ma inne uwarunkowania. Zauważyć również należy, że zamawiający wezwał wykonawcę również do złożenia dowodów, czemu wykonawca w żaden sposób nie sprostał, gdyż nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu. Ponadto, nie można zaakceptować wyjaśnień, które nie potwierdzają, że cena oferty nie jest rażąco niska, nawet jeśli zamawiający uznał je w innym postępowaniu, co też mogło być wynikiem wadliwej decyzji zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że wyjaśnienia złożone przez odwołującego I nie potwierdzają, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zarzut naruszenia art 90 ust. 3 w zw. z art 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba uznała również, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dążenie do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt: KIO 906/16.

Sygn. akt: KIO 917/16

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z uznaniem, że doszło do zmiany treści oferty

oraz

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z nieuprawnionym odrzuceniem oferty odwołującego II, w tym również brakiem podania uzasadnienia faktycznego w zakresie tego przepisu, a także ewentualnym naruszeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku zaniechaniem poprawienia niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnej zmiany w treści ofert

W dniu 20 maja 2016 roku zamawiający poinformował odwołującego II o wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty. Jako uzasadnienie prawne podał:

„Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający odrzuca ofertę zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zdanie ostatnie ustawy Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą, gdyż niedopuszczalne jest (...), dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści oraz zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Natomiast w uzasadnieniu faktycznym przedmiotowej informacji zamawiający wskazywał, iż działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego II do uzupełnienia dokumentów m.in. w zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia (tj. wykonanie co najmniej 2 robót budowlanych polegających 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), ponieważ uznał, iż obie inwestycje wykazane przez wykonawcę w ofercie w Wykazie robót budowlanych nie odpowiadają treści ww. warunku. Zamawiający po analizie uzupełnionych dokumentów stwierdził, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w przedmiotowej informacji wskazał, iż z przedstawionego uzupełnienia wynika, iż wykonawca dokonuje rozszerzenia pierwotnego Wykazu o dwa kolejne zadania inwestycyjne, tj. „Modernizację kolektorów głównych dla Pasma pruszkowskiego” realizowane przez IDS-BUD S.A. oraz „Renowację i odbudowę sieci dystrybucji i systemu kanalizacji oraz oczyszczalni ścieków komunalnych w Coldea i Moieciu - CL10”, załączając jednocześnie zobowiązania ww. podmiotów do oddania do dyspozycji zasobów podmiotu na mocy art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w których określono sposób korzystania z zasobów „Wykonanie części robót związanych z przedmiotem zamówienia (roboty budowlane, sanitarne)” w charakterze „Umowa Podwykonawcza – umowa o roboty budowlane”. Następnie zamawiający zauważył, że odwołujący II w złożonej przez siebie ofercie oświadczył, iż zamierza powierzyć podwykonawcom do realizacji następujące części zamówienia: prace projektowe, roboty budowlane, roboty sanitarne, roboty drogowe, roboty

bezwykopowe a jednocześnie wobec nie wypełnienia części dotyczącej powołania się na zasoby podwykonawców w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oświadczył, iż nie powołuje się na zasoby innego podmiotu (podwykonawcy), na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający powołał też treść pkt 3.5. IDW zgodnie z którym: *„Zamawiający dopuszcza udział Podwykonawców. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy Podwykonawcom oraz podania przez Wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu”*. Zamawiający wskazał, że za treść oferty uznaje się oświadczenie woli wykonawcy obejmujące jego zobowiązanie do spełnienia sprecyzowanego świadczenia, w określonym czasie za określoną cenę i w określony sposób. Oświadczenie co do wykonania zamówienia samodzielnie albo z udziałem podwykonawców stanowi treść oferty i niedopuszczalne jest jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stwierdził, iż wprowadzenie podwykonawcy, niewskazanego wcześniej w treści oferty albo wprowadzenie podwykonawcy w miejsce samodzielnego wykonania zamówienia stanowi niedozwolone na gruncie ustawy Pzp uzupełnienie treści oferty i zmianę określonego w ofercie sposobu spełnienia świadczenia i tym samym oferta taka podlega odrzuceniu. Zamawiający podniósł, że z treści złożonego przez odwołującego II uzupełnienia wynika, iż dokonał on zmiany uprzednio złożonego oświadczenia w zakresie powołania się na zasoby innego podwykonawcy. Dalej, w przedmiotowej informacji, zamawiający stwierdził, że odwołujący II zgodnie z treścią uzupełnienia powołuje się na zasoby dwóch różnych wykonawców, wykazując przy tym ich wiedzę i doświadczenie przy realizacji przez nich po jednej inwestycji spełniającej warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. IDW, co oznacza, że powołuje się on na wiedzę i doświadczenie podmiotów, które same nie mają wymaganej wiedzy i doświadczenia. Podkreślił, iż każdy z wykonawców uczestniczących w postępowaniu musi wykazać się dwoma inwestycjami spełniającymi warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. IDW, a w tym przypadku wykonawca przedstawił na skutek uzupełnienia dokumentów po jednej inwestycji realizowanej przez dwa niezależne od siebie podmioty, a tym samym wykonawca ten nie wykazał *„co najmniej 2 robót budowlanych polegających na ...”*. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z pkt 6.1.8. ppkt c) dopuścił możliwość przedstawienia inwestycji realizowanych przez różne podmioty, jednakże wyłącznie w przypadku, gdy oferta składana jest przez te podmioty jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 ustawy. Jedynie w takim przypadku zamawiający ocenia ich łączny potencjał techniczny, kadrowy, wiedzę i doświadczenie. W oparciu o powyższe zamawiający podjął przedmiotową decyzję.

Stanowisko zamawiającego, a w konsekwencji podjęta przez niego czynność wykluczenia odwołującego II z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 zdanie ostatnie ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest nieprawidłowa.

Brzmienie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zostało przywołane już przy sprawie 906/16. Kolejne przepisy przywołane w informacji zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego II i wykluczeniu go z udziału w postępowaniu, a jednocześnie stanowiące podstawę zarzutów podniesionych w odwołaniu, to przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zgodnie z którym: *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą*; art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowiący, iż: *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści*, a także przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z którego wynika, że: *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Przede wszystkim należy zauważyć, że wbrew temu co twierdzi zamawiający, odwołujący II poprzez uzupełnienie – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - dokumentów dotyczących potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w postaci wiedzy i doświadczenia nie zmienił treści swojej oferty. Uzupełniając dokumenty odwołujący II powołał się na zasoby podmiotów trzecich, mających być jednocześnie – wedle przedłożonych zobowiązań tych podmiotów - podwykonawcami odwołującego się wykonawcy. Zamawiający powoływał się w tym zakresie na postanowienie pkt 3.5. IDW zgodnie z którym: *„Zamawiający dopuszcza udział Podwykonawców. Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy Podwykonawcom oraz podania przez Wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”*. Podnieść również należy, że odwołujący II w treści oferty (pkt 8 formularza oferty) w sposób jednoznaczny wskazał, że będzie wykonywał zamówienie z udziałem podwykonawców poprzez wykreślenie sformułowania: *„Nie zamierzam(y) powierzać do podwykonania żadnej części niniejszego zamówienia”* oraz poprzez następujące oświadczenie: *„Oświadczamy, iż następujące części niniejszego zamówienia zamierzam(y) powierzyć podwykonawcom”*, przy czym w tabeli dotyczącej określenia części zamówienia, które zamierzał powierzyć podwykonawcom wskazał na: prace projektowe, roboty budowlane, roboty sanitarne, roboty drogowe, roboty bezwykopowe. Jednocześnie odwołujący II nie wypełnił tabeli dotyczącej

wskazania nazw (firm) podwykonawców na których zasoby powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z art. 36 b ustawy Pzp), czego niewątpliwie żądał zamawiający zarówno na podstawie postanowienia zawartego w pkt 3.5. IDW, jak i zamieszczając stosowny wzór tabeli w pkt 8 formularza oferty. Trzeba mieć jednak na uwadze fakt, że odwołujący II składając ofertę, pierwotnie wykazywał się własnym doświadczeniem, a dopiero w wyniku zakwestionowania przez zamawiającego obu inwestycji wskazanych przez odwołującego II w *Wykazie wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych*, który stwierdził, iż nie odpowiadają one treści warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 5.1.2. IDW, odwołujący II powołał się – w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 9 maja 2016 roku do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - na zasoby podmiotów trzecich (tj. IDS-BUD S.A. oraz OCIDE CONSTRUCCION S.A.) w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Z pisemnych zobowiązań tych podmiotów oddania do dyspozycji zasobów podmiotu (datowanych na dzień 8 kwietnia 2016 roku) wynikało, że mają być oni jednocześnie podwykonawcami odwołującego. Należy też podkreślić, co ma istotne znaczenie dla oceny czy doszło do ewentualnej zmiany treści oferty, że zakres podwykonawstwa wynikający z tych oświadczeń (wykonanie części robót związanych z przedmiotem zamówienia – roboty budowlane, sanitarne) pokrywał się z zakresem prac co do których odwołujący II w formularzu oferty (pkt 8) zawarł oświadczenie, iż powierzy ich wykonanie podwykonawcom. Tym samym sposób realizacji zamówienia nie uległ zmianie (tj. powierzenie określonych części zamówienia do realizacji podwykonawcom) i nie można w tym zakresie mówić o zmianie treści oferty.

Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1366/14, iż: *„Przepisy art. 87 i 89 ust. 1 pkt 2 odnoszą się do treści oferty w rozumieniu opisu lub wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga. W rozpatrywanym przypadku wskazanie nazw podwykonawców miało jedynie znacznie informacyjne, a także służyło wykazaniu okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b P.z.p. (wskazani podwykonawcy byli jednocześnie podmiotami, których potencjałem Odwołujący posługiwał się dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w myśl art. 26 ust. 2b ustawy). Zamawiający nie powołał i nie wskazał żadnych postanowień SIWZ, z których wynikałoby, że wykonawca winien zobowiązać się w treści oferty (i zobowiązuje się) do wykonania zamówienia przy pomocy konkretnych podwykonawców.(...) Powyższe nie wynika również z obowiązujących przepisów prawa. Przepis art. 36b ust. 1 ustawy stanowi tylko, iż zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której*

wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1. Co w tym przypadku miało miejsce (zarówno żądanie, jak i wskazanie). Natomiast według art. 36b ust. 2 ustawy - jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa więc wprost ustanawia dowolną zmianę lub rezygnację przez wykonawcę ze wskazanych personalnie podwykonawców - nakładając jednakże na wykonawcę ograniczenia i obowiązki na polu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z tym związane(...). W sprawie, objętej rozstrzygnięciem, o którym mowa powyżej, wykonawca w treści oferty nie uwzględnił podmiotów (podwykonawców), dodając do listy podwykonawców dwa nowe podmioty, których zobowiązania do udostępnienia zasobów złożył dopiero w ramach uzupełnienia dokumentów. Izba w tej sprawie uznała, iż przeprowadzonej zmiany nie sposób uznać za zmianę treści zobowiązania wykonawcy.

Mając powyższe na uwadze, a w szczególności fakt, iż nie doszło w niniejszej sprawie do zmiany treści oferty, w szczególności poprzez zmianę sposobu realizacji zamówienia czy też zakresu zobowiązania wykonawcy odwołującego się Izba uznała, że oferta złożona przez odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji oznacza, że zarzuty odwołania podnoszone w odniesieniu do naruszenia ww. przepisów potwierdziły się.

Jednocześnie Izba uznała, że podniesiony przez odwołującego II zarzut ewentualny naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w związku zaniechaniem poprawienia niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia niepowodującej istotnej zmiany w treści ofert, stał się bezprzedmiotowy. Zgodnie bowiem z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp: *zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona*. Skoro nie stwierdzono niezgodności oferty odwołującego II z treści SIWZ, to tym samym nie było podstaw do zastosowania przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z brakiem podania uzasadnienia faktycznego w związku z uznaniem, że oferta odwołującego II podlega odrzuceniu, w tym w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z brakiem podania uzasadnienia faktycznego co do tego, iż oferta odwołującego II podlega odrzuceniu, w tym w szczególności na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp: *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne*. Zamawiający zawiadamiając odwołującego II o odrzuceniu jego oferty podał szerokie uzasadnienie faktyczne podstaw odrzucenia tej oferty. Odwołujący II miał też świadomość podstaw zarówno faktycznych, jak i prawnych odrzucenia jego oferty, czemu dał wyraz wnosząc przedmiotowe odwołanie, w którym przedstawił obszerną argumentację świadczącą o zrozumieniu podstaw podjętej przez zamawiającego decyzji.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z dokonaniem wykluczenia odwołującego II z postępowania na skutek stwierdzenia braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia

Zamawiający wykluczył odwołującego II z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucił złożoną przez niego ofertę wskazując ponadto, iż wykonawca ten powołuje się na zasoby dwóch różnych wykonawców, wykazując przy tym ich wiedzę i doświadczenie przy realizacji przez nich po jednej inwestycji spełniającej warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.2. IDW, co oznacza, że powołuje się on na wiedzę i doświadczenie podmiotów, które nie spełniają samodzielnie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (wykonanie dwóch robót).

Izba uznała, że również w tym zakresie nie było podstaw do wykluczenia odwołującego II z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty. Odwołujący II wykazał się dwiema robotami budowlanymi wymaganymi przez zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie kwestionował, że którakolwiek z wykazanych inwestycji nie odpowiada treści warunku opisanego w pkt 5.1.2 IDW, a jedynie to, że były one zrealizowane przez dwa niezależne od siebie podmioty, które samodzielnie nie spełniały warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

W ocenie Izby, fakt, iż każda z inwestycji, wykazanych przez odwołującego II w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, została udostępniona przez podmiot trzeci, który samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu

nie może prowadzić do wniosku, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, skoro wykonawca ten wykazuje się dwoma robotami, wprowadzając udostępnionymi przez podmioty trzecie, ale w ilości i o cechach wymaganych przez zamawiającego, tj. odpowiadającymi wymaganiami określonym w pkt 5.1.2. IDW. Słusznie podnosił odwołujący II, iż z treści SIWZ nie wynikają żadne ograniczenia w zakresie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności, aby podmiot z którego zasobów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp korzysta wykonawca w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, musiał wykazać się wymaganym doświadczeniem w postaci dwóch realizacji. W konsekwencji uznać należy, że odwołujący II powołując się na zasoby podmiotów trzecich, którzy samodzielnie nie posiadają doświadczenia określonego w pkt 5.1.2. IDW, wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z dokonaniem wykluczenia odwołującego II z postępowania na skutek stwierdzenia braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia.

Jako, że potwierdziły się zarzuty podniesione przez odwołującego II i miały one wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego II z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzucenia jego oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego II.

Sygn. akt: KIO 929/16

Zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że informacje zastrzeżone przez Konsorcjum PRI METRO, a zawarte w załącznikach do wyjaśnień Konsorcjum PRI METRO stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz zaniechanie odtajnienia załączników do wyjaśnień, pomimo, że Konsorcjum PRI METRO nie wykazał, że zawarte tam informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa

Jak już zostało wskazane przy omawianiu sprawy o sygn. akt: KIO 906/16 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, również

i do Konsorcjum PRI METRO, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym do złożenia dowodów.

Konsorcjum PRI METRO złożyło wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny pismem z dnia 18 kwietnia 2016 roku. Jednocześnie wykonawca ten zastrzegł, iż załączona do wyjaśnień kalkulacja ceny stanowi tajemnicę firmy, w związku z czym wnosił o jej nieujawnianie osobom trzecim. Konsorcjum PRI METRO powołało się w swoich wyjaśnieniach na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 czerwca 2011 roku, wydany w sprawie o sygn. akt: KIO 1243/11, w którym wyrażono stanowisko, że rodzaj chronionych informacji może mieć różny charakter: techniczny, technologiczny oraz organizacyjny, np. struktura, przepływ dokumentów, sposoby kalkulacji cen lub zabezpieczania danych. Ponadto, Konsorcjum PRI METRO wskazało, że do pisma dołączył również ofertę handlową potwierdzającą główne wartości materiałów, tj. moduły GRP oraz, że w związku ze zobowiązaniem podjętym przez Konsorcjum do zachowania poufności treści złożonej oferty przez potencjalnego głównego dostawcę materiałów, oferta załączona do wyjaśnień nie podlega udostępnieniu podmiotom trzecim jako objęta tajemnicą handlową przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie ujawnił wykonawcom biorącym udział w postępowaniu treści dokumentów zastrzeżonych przez Konsorcjum PRI METRO jako stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: *postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, przy czym: zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie (art. 8 ust. 2 ustawy Pzp).*

Z kolei przepis art. 8 ust. 3 stanowi, iż: *nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.*

Definicję legalną tajemnicy przedsiębiorstwa określa przepis art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (j.t. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), zwanej dalej: „UZNK”, stanowiąc, iż: *przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość*

gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności.

Z art. 11 ust. 4 UZNK wynikają 3 przesłanki warunkujące uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa, a mianowicie:

1. informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
2. jest to informacja techniczna, technologiczna, organizacyjna przedsiębiorstwa lub inna informacja posiadająca wartość gospodarczą;
3. informacja co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej poufności.

Nie ulega wątpliwości, iż zasada jawności postępowania jest jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Owszem, ustawa Pzp dopuszcza możliwość zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale równocześnie też nakłada na wykonawcę obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Należy podkreślić, że wykonawca chcąc skorzystać z uprawnienia, jakie przyznaje mu ustawa w tym względzie powinien zachować należytą staranność. W wyroku z dnia 3 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 108/15 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: *„Należy wskazać, że ciężar dowodu, że dana zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonuje. Brak wyjaśnień wykonawcy lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia”.*

Jak wynika z powołanego powyżej wyroku, ale przede wszystkim z brzmienia art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W ocenie składu orzekającego Izby, Konsorcjum PRI METRO zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa części wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny (tj. kalkulacji oraz oferty handlowej na moduły GRP) nie wykazało przesłanek, o których mowa powyżej, a w szczególności nie wykazało, że wyjaśnienia z dnia 18 kwietnia 2016 roku zawierają informacje, co do których Konsorcjum PRI METRO podjęło niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Za niewystarczające, w świetle przepisu art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, należy uznać uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa przedmiotowych dokumentów poprzez wskazanie, iż kalkulacja ceny oferty może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa oraz odwołanie się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, który zresztą został wydany w 2011 roku. Tymczasem na mocy ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych ustawodawca zmienił brzmienie art. 8 ust. 3 poprzez dodanie wyrażenia: *„oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę*

przedsiębiorstwa”, w sposób bezpośredni i jednoznaczny wskazując na obowiązek wykonawcy w tym zakresie. Podobnie za niewystarczające należy uznać uzasadnienie objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa w stosunku do dokumentu oferty handlowej kontrahenta polegające jedynie na gołosłownym twierdzeniu, iż kontrahent zobowiązał wykonawcę do zachowania poufności treści złożonej oferty, tym bardziej, iż na dokumencie oferty handlowej nie widnieje stosowne zastrzeżenie co do zachowania poufności informacji wynikających z przedmiotowej oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, że wykonawca w sposób bezskuteczny zastrzegł tajemnicę przedsiębiorstwa części wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2016 roku dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, tj. dokumentów stanowiących załączniki do tych wyjaśnień, w postaci kalkulacji cenowej i oferty handlowej na moduły GRP. Tym samym Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust 4 UZNK i nakazała zamawiającemu odtajnienie, zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, treści załączników do wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2016 roku, dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę (kalkulacji ceny oraz oferty na panele GRP), a złożonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

W konsekwencji, Izba uznała zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny podniesione w stosunku do oferty złożonej przez Konsorcjum PRI METRO, tj. zarzut naruszenia: art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę złożonych przez Konsorcjum PRI METRO wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

oraz

art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty Konsorcjum PRI METRO i wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę

- za przedwczesne.

Jak słusznie zauważył odwołujący III odtajnienie załączników do wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na cenę pozwoli mu zweryfikować prawidłowość konkurencyjnej oferty, a tym samym umożliwi mu skuteczne skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Jednocześnie należy wskazać, że zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2016 roku wezwał Konsorcjum PRI METRO do złożenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących

elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca pismem datowanym na dzień 29 kwietnia 2016 roku złożył stosowne wyjaśnienia, dodatkowo obejmując tajemnicą przedsiębiorstwa część treści tych wyjaśnień, tj. pkt od 1 do 9, jak również załączone do tych wyjaśnień pismo Dostawcy. Kwestia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2016 roku nie była objęta zarzutem podniesionym w odwołaniu, który referował jedynie do niezasadnego objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa załączników do wyjaśnień w postaci kalkulacji i oferty handlowej (załączniki do wyjaśnień z dnia 18 kwietnia 2016 roku), stąd też, Izba będąc związana zarzutami odwołania, których podstawę stanowią zarówno okoliczności faktyczne, jak i prawne, nie objęła swoim rozstrzygnięciem kwestii zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przez Konsorcjum PRI METRO w stosunku do wyjaśnień z dnia 29 kwietnia 2016 roku.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Konsorcjum PRI METRO i wezwania go do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt 5.1.2 IDW

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp: *zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Z kolei przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, iż: wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.*

Odwołujący III w ramach powyższego zarzutu podnosił, iż w jego ocenie Konsorcjum PRI METRO nie wykazało, aby spełniało warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia, określony w pkt 5.1.2. IDW, ponieważ nie wykazało właściwej reprezentacji osoby, która w imieniu SMU-22 podpisała oświadczenie o udostępnieniu zasobów na rzecz Konsorcjum PRI METRO, a nadto zamawiający zaniechał zweryfikowania kto – z imienia i nazwiska – podpisał przedmiotowe oświadczenie. W ocenie odwołującego III Konsorcjum PRI METRO nie wykazało przez to realności udostępnienia zasobu.

Izba podziela stanowisko odwołującego III, iż w ramach badania realności udostępnienia zasobu mieści się także badanie czy zasób został udostępniony w sposób prawidłowy, tj. przez osoby właściwe umocowane do reprezentowania podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby. Niemniej jednak należy również podnieść, iż dokument potwierdzający umocowanie osoby występującej w imieniu podmiotu trzeciego nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym: *w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:*

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z kolei zgodnie z § 1 ust. 6 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane [Dz.U. z 2013 roku, poz. 231] – zwanego dalej: „*Rozporządzeniem w sprawie dokumentów*”: *Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, 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:*

1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy - dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9-11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

2) dokumentów dotyczących w szczególności:

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

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

Powyżej powołane przepisy Rozporządzenia w sprawie dokumentów, określają katalog dokumentów, jakich może żądać zamawiający w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy wykonawca polega na zasobach podmiotów trzecich, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przedmiotowy katalog nie obejmuje dokumentów potwierdzających umocowanie osoby występującej w imieniu podmiotu trzeciego do składania oświadczeń w imieniu tego podmiotu, w tym o udostępnieniu zasobów.

Konsorcjum PRI METRO przedstawiło na rozprawie dowody potwierdzające, iż osoba podpisująca oświadczenie w imieniu podmiotu trzeciego - SMU-22 Sp. z o.o. - o udostępnieniu zasobów jest upoważniona do reprezentowania tego podmiotu.

W ocenie składu orzekającego Izby, pomimo, że nastąpiło to dopiero na etapie postępowania odwoławczego, to jednak Konsorcjum PRI METRO zniwelowało wszystkie wątpliwości w tym zakresie i wykazało realność udostępnienia zasobów przez SMU-22 Sp. z o.o., a tym samym zarzut w tym zakresie się nie potwierdził.

Mając jednocześnie na uwadze powyżej powołaną argumentację dotyczącą charakteru dokumentów potwierdzających umocowanie do reprezentacji podmiotów trzecich bezpodstawne byłoby nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności, w ramach przedmiotowego zarzutu, odwołujący III wskazywał na brak złożenia w prawidłowej formie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie robót przez SMU-22 Sp. z o.o. podnosząc, iż referencje dotyczące zadania wskazanego pod pozycją 2 wykazu robót tj. referencje pochodzące od Promburbud Sp. z o.o. w ogóle nie zostały potwierdzone za zgodność z oryginałem przez SMU-22 Sp. z o.o., czyli niezgodnie z § 7 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym: *W przypadku*

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.

Powyższy zarzut jest bezprzedmiotowy. Izba, na podstawie weryfikacji dokumentacji przedłożonej jej również w oryginale przez zamawiającego, ustaliła, że na dokumencie referencji z dnia 20 września 2013 roku wystawionym przez Promburbud Sp. o.o., potwierdzającym należyte wykonanie robót przez SMU-22 Sp. z o.o., wykazanym w pozycji 2 *Wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych*, załączonego do oferty Konsorcjum PRI METRO, widnieje oryginalna pieczęć Promburbud Sp. z o. o. oraz oryginalny podpis Dyrektora Promburbud Sp. z o. o. – Pana B.. Tym samym bezprzedmiotowy jest zarzut odwołującego III, skoro dokument jest oryginałem, a nie jego kopią.

Następnie, odwołujący w ramach podnoszonego zarzutu, wskazywał również na brak realności udostępnienia zasobu przez SMU-22 Sp. z o.o. wskutek niewystarczającego określenia sposobu udostępnienia zasobu.

Izba uznała, że treść zobowiązania do udostępnienia zasobów SMU-22 Sp. z o.o. z dnia 16 marca 2016 roku w sposób dostateczny wskazuje na realność udostępnienia zasobów. Jak wynika z powołanego powyżej brzmienia § 1 ust. 6 Rozporządzenia w sprawie dokumentów 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 dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający powtórzył w tym zakresie przytoczoną powyżej regulację wskazując w pkt 6.1.7. lit. b) IDW, że: *„Jeżeli Wykonawca, wskazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający żąda od Wykonawcy, w celu oceny, czy Wykonawca będzie dysponował zasobami innych pomiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, przedłożenia dokumentów określających:*

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,

- sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonaniu zamówienia”.

Konsorcjum PRI METRO załączyło do oferty zobowiązanie SMU-22 Sp. z o.o., które w swojej treści wskazywało na zakres udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie wyszczególnionych w tym zobowiązaniu referencji, określało sposób wykorzystania zasobów przy wykonywaniu zamówienia – tj. podwykonawstwo, określało również charakter stosunku łączącego wykonawcę z SMU-22 Sp. z o.o. – tj. na podstawie umowy cywilno-prawnej, jak również wskazywało na zakres i okres udziału SMU-22 Sp. z o.o. przy wykonaniu zamówienia – tj. niezależnie od okresu wykonania zamówienia, okres składania oferty oraz wykonywania przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi i gwarancji. W ocenie Izby treść zobowiązania jest prawidłowa i może dowodzić okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a mianowicie, iż Konsorcjum PRI METRO będzie w sposób realny dysponowało potencjałem pozyskanym od SMU-22 Sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia. Nie ma natomiast bezwzględnego obowiązku, tak jak to twierdzi odwołujący III, przedstawiania już w treści zobowiązania o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego przedmiotu zakresu podwykonawstwa poprzez wskazanie rodzaju czy wartości prac do jakich wykonania zobowiązuje się podmiot trzeci. Wystarczające jest, iż SMU-22 Sp. z o.o. określiła zakres udostępnionych zasobów oraz sposób ich wykorzystania przy realizacji prac.

Odwołujący III podnosił również, że brak realności udostępnienia zasobów potwierdza okoliczność, iż w wyjaśnieniach dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty Konsorcjum PRI METRO kładło nacisk na samodzielną realizację zamówienia, co ma świadczyć o pozorności udostępnienia zasobów przez SMU-22 Sp. z o.o.

W ocenie Izby to, że wykonawca w wyjaśnieniach dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty zawarł stwierdzenie, iż: *„Analiza własna sporządzona została w oparciu o rzeczywiste koszty utrzymania i pracy własnej bazy sprzętowej, które umożliwiają wykonanie znacznego zakresu przedmiotu zamówienia siłami Konsorcjum”*, akcentując posłużenie się głównie potencjałem własnym przy realizacji zamówienia oraz nie załączył do wyjaśnień jakiegokolwiek oferty wykonania prac w charakterze podwykonawcy pochodzącej od SMU-22 Sp. z o.o. nie przesądza o braku realności udostępnienia zasobów. Inną kwestią jest to jak takie wyjaśnienia zostaną ocenione pod względem ich prawidłowości i rzetelności, co pozostawało poza zakresem rozstrzygnięcia Izby, z uwagi na pozostawienie zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny podniesionych względem oferty Konsorcjum PRI METRO bez rozpoznania jako przedwczesnych.

Odwołujący podnosił również, iż roboty wykazane przez Konsorcjum PRI METRO nie spełniają warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.2. IDW, co do wartości – minimum 10 mln PLN netto.

Zgodnie z pkt 5.1.2. IDW: *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.*

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.

W przypadku robót wykazanych w pozycji 2 Wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych, tj.: Modernizacji magistrali systemu kanalizacji od osiedla Donskiej do osiedla Cwietoczny Konsorcjum PRI METRO przedłożyło referencje z dnia 20 września 2013 roku potwierdzające należyte wykonanie tych robót. W referencjach tych zostały podane wartości zarówno w hrywnach (36,4 mln w tym VAT), jak i w EURO (3,36 mln). Odwołujący III nie kwestionował, że wartość wyrażona w EURO po przeliczeniu nie będzie odpowiadać wymogowi, określonymu w pkt 5.1.2.IDW, a dodatkowo nie wykazał ponad wszelką wątpliwość, że kontrakt był denominowany tylko i wyłącznie w hrywnach, dlatego też, Izba uznała, że wykonawca był uprawniony do przeliczenia na PLN wartości wyrażonych zarówno w hrywnach, jak i w EURO, bowiem obie te wartości wynikały z przedłożonych referencji.

Inna sytuacja jest w przypadku robót wykazanych w pozycji 1 Wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych, tj.: Renowacji sekcji głębokiego kolektora tunelu od

MH nr 1 do nr 2 w Odessie. Konsorcjum PRI METRO przedłożyło wprawdzie referencje potwierdzające należyte wykonanie robót, w których podana została jedynie wartość wyrażona w USD – 3,5 mln USD bez podatku VAT, jednak z dowodów załączonych do odwołania w sprawie KIO 906/2016, tj. umów podwykonawczych, zawartych w ramach przedmiotowej inwestycji pomiędzy Per Aarsleff A/S a SMU-22 Sp. z o.o., o zaliczenie których również w poczet materiału dowodowego dla sprawy KIO 929/16 wnosił odwołujący III, wynika, że umowy te wyrażały wartość wynagrodzenia należnego podwykonawcy w hrywnach.

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. Inną oczywiście jest kwestią to czy odwołujący III wykazał, że dany kontrakt opiewał na kwoty wyrażone w konkretnych walutach.

Jednakże, jak już szczegółowo zostało to przedstawione przy sprawie KIO 906/16 umowy podwykonawcze zawarte w ramach realizacji inwestycji Renowacji sekcji głębokiego kolektora tunelu od MH nr 1 do nr 2 w Odessie budzą pewne wątpliwości, dlatego też na ich podstawie nie można w sposób jednoznaczny stwierdzić jaka była wartość prac – wyrażona w hrywnach – a wykonanych przez SMU-22 Sp. z o.o.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że w tym zakresie nie ma obecnie podstaw do stwierdzenia, że roboty wykazane w poz. 1 Wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych, nie spełniają warunku opisanego przez zamawiającego w pkt 5.1.2. IDW a dotyczącego wartości tych robót, tym samym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Jednocześnie Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Konsorcjum PRI METRO i wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w celu wykazania, spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał bezspornie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt. 5.1.2 IDW.

Mianowicie, mając na względzie powyżej przytoczone okoliczności Izba uznała za konieczne wezwanie wykonawcy do wyjaśnień w zakresie waluty rozliczeniowej dla robót wykazanych w poz. 1 Wykazu robót, bo być może przy uwzględnieniu wartości dla tych prac wyrażonych w hrywnach po przeliczeniu na PLN według sposobu opisanego w pkt 5.3. IDW okaże się, że prace te nie odpowiadają warunkowi postawionemu przez zamawiającego.

Tym samym, Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się, ale uzasadniony okazał się zarzut naruszenia zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania wobec Konsorcjum PRI METRO i wezwania go do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów złożonych w celu wykazania, spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał bezspornie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w pkt. 5.1.2 IDW.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp: *zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.*

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych METRO Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, 2) LINTER S.A. z siedzibą w Wolbromiu, 3) Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót i Usług Specjalistycznych „REMKAN” Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Prawo zamówień publicznych wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie: waluty rozliczeniowej dla prac wykonywanych przez SMU.

Ponadto, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie ww. wykonawców do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Prawo zamówień publicznych wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie: terminów realizacji robót wykonywanych przez SMU na rzecz Per Aarsleff A/S a wykazanych w poz. 1 wykazu robót.

Także w tym przypadku Izba uznała, że podnoszony przez odwołującego III zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się, ale zasadny jest zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Słusznie odwołujący III wskazywał, że roboty wykazane przez Konsorcjum PRI METRO w poz. 1 Wykazu wykonanych przez Wykonawcę robót budowlanych oraz wykazane przez Konsorcjum Per Aarsleff pod poz. 2 przedmiotowego wykazu dotyczą tej samej inwestycji, a wskazują na różne daty jej realizacji. Wskazać należy, że realizując przedmiotową inwestycję SMU-22 Sp. z o.o. - udostępniająca swoje zasoby w postaci doświadczenia Konsorcjum PRI METRO - realizowała roboty jako podwykonawca Per Aarsleff A/S.

Wbrew temu co twierdził odwołujący III data początkowa nie budzi takich wątpliwości. Konsorcjum Per Aarsleff – jako generalny wykonawca wskazało na datę rozpoczęcia robót – 19.10.2012 roku (jest to jednocześnie data zawarcia umowy kontraktowej), a Konsorcjum

PRI METRO – 12.2013 r., co w przypadku wykonywania robót w ramach umowy podwykonawczej jest możliwe. Natomiast wątpliwości budzi data zakończenia tych robót, bowiem Konsorcjum Per Aarsleff – wskazało na datę 18.11.2014 r., zaś Konsorcjum PRI METRO – 05.2015 r., czyli po dacie wskazanej jako zakończenie inwestycji przez generalnego wykonawcę. Powyższe budzi wątpliwości co do rzetelności oświadczenia wykonawcy w tym zakresie i w związku z tym w ocenie Izby konieczne stało się nakazanie zamawiającemu wezwania Konsorcjum PRI METRO do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie: terminów realizacji robót wykonywanych przez SMU na rzecz Per Aarsleff A/S a wykazanych w poz. 1 wykazu robót.

Zarzut naruszenia § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów w zakresie całości doświadczenia wskazanego przez Konsorcjum PRI METRO poprzez zaniechanie podjęcia czynności weryfikujących Informacje zawarte w złożonych przez to Konsorcjum dokumentach.

Odwołujący III podnosił również, iż zamawiający zaniechał podjęcia czynności wyjaśniających, a dotyczących dokumentów złożonych przez Konsorcjum PRI METRO w celu potwierdzenia spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez zwrócenie się na podstawie § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów do odbiorców Renowacji kolektora oraz Modernizacji magistrali z żądaniem przedłożenia dodatkowych informacji oraz dokumentów wskazujących na wykonanie robót i zakres prac wykonanych przez podmiot udostępniający zasoby na rzecz Konsorcjum PRI METRO.

Zgodnie z § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów: *W razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu.*

W ocenie składu orzekającego Izby literalna wykładnia przepisu § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów wskazuje wyłącznie na uprawnienie zamawiającego do skierowania się do właściwego podmiotu na rzecz którego świadczone były usługi, natomiast nie kreuje po jego stronie prawnego obowiązku w tym zakresie. Twierdzenia odwołującego III, iż skoro w orzecznictwie Izby wskazuje, iż korzystanie z wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp czy też 87 ust. 1 ustawy Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, to również przepis § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów należy podobnie interpretować, nie są uzasadnione. Izba zwraca uwagę, że na podstawie

art. 26 ust. 4 ustawy Pzp czy też 87 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda wyjaśnień bezpośrednio od wykonawcy, natomiast w przypadku § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów żądanie jest kierowane do podmiotu zewnętrznego, wobec, którego zamawiający nawet nie posiada instrumentów prawnych by wymóc na nim określone zachowanie, polegające chociażby na udzieleniu odpowiedzi na przedstawione zapytanie. Nadto, należy zwrócić uwagę, iż przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zawiera kategorię sformułowanie: „zamawiający wzywa także”.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że zarzut naruszenia § 1 ust. 5 Rozporządzenia w sprawie dokumentów poprzez zaniechanie czynności weryfikujących informacje zawarte w złożonych przez Konsorcjum PRI METRO jest nieuzasadniony.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny złożonych dnia 19 kwietnia 2016 r. przez Konsorcjum Molewski w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

oraz

zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną ocenę oferty Konsorcjum Molewski i wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę

Przepisy stanowiące podstawę prawną wskazanych powyżej zarzutów zostały już przywołane przy sprawie o sygn. akt KIO 906/16. Izba odwołuje się również do ogólnej argumentacji przedstawionej przy omawianiu kwestii wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty przy ww. sprawie.

W pierwszej kolejności należy poczynić uwagę, że treść wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Molewski a dotyczących elementów mających wpływ na cenę oferty została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa, dlatego też Izba przedstawiając uzasadnienie podjętego przez siebie rozstrzygnięcia w tym zakresie odwoła się w sposób ogólny do tych wyjaśnień.

Przede wszystkim, zauważyć należy, że ocena wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Molewski nie daje podstaw na ten moment do odrzucenia oferty tego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, albowiem dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami nie potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Konsorcjum Molewski w wyjaśnieniach z dnia 19 kwietnia 2016 roku wskazało na istotne elementy mające wpływ na cenę oferty oraz załączyło stosowne dowody,

w tym szczegółowe kalkulacje oraz oferty handlowe, w tym na wykonanie dokumentacji projektowej, wykonanie robót budowlanych w określonych zakresach, jak również na zakup modułów GRP. Ponadto, w wyniku ponownego wezwania zamawiającego z dnia 26 kwietnia 2016 roku Konsorcjum Molewski przedłożyło 29 kwietnia 2016 roku dodatkowe wyjaśnienia udzielając odpowiedzi na pytania zamawiającego (wyjaśnienia te również zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa).

Dodatkowo wskazać należy, że dowody złożone przez odwołującego III w postaci ofert handlowych przedstawionych przez kontrahentów odwołującemu III czy kalkulacja zajęcia pasa drogowego nie stanowią dowodu, który mógłby potwierdzać nierzetelność wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Molewski. Nie wynika z nich bowiem, że Konsorcjum Molewski nie mogło chociażby uzyskać korzystniejszych ofert czy rabatów od swoich kontrahentów.

Nie zasługuje również w ocenie Izby argumentacja podnoszona przez odwołującego III, a wskazująca na złą renomę na rynku Konsorcjum Molewski. Nie przesądza to w żaden sposób o możliwości zaoferowania niższej ceny przez tego wykonawcę.

Jednak dokonując oceny przedmiotowych wyjaśnień, zarówno z dnia 19 kwietnia 2016 roku, jak i z dnia 29 kwietnia 2016 roku, można powziąć pewne wątpliwości co do przedłożonych wyjaśnień, z uwagi na to, że żaden z dowodów załączonych do tych wyjaśnień w postaci ofert handlowych kontrahentów, mających dowodzić okoliczności wykazywanych w tych wyjaśnieniach, nie pochodzi od podwykonawców, którzy będą realizować części zamówienia na rzecz wykonawcy. Słusznie bowiem odwołujący III wywodził, że należy również zweryfikować czy kalkulacja ceny oferty jest rzetelna w związku z powołaniem się na udział podwykonawców. Wyjaśnienia Konsorcjum Molewski zawierają wprawdzie oferty kontrahentów na realizację określonych robót, niemniej jednak nie pochodzą od podmiotów, którzy mają realizować części zamówienia na rzecz tego wykonawcy w ramach umowy podwykonawczej. Jedną z ofert obejmowała swoim zakresem prace co do których wykonania w zakresie podwykonawstwa zobowiązały się podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby Konsorcjum Molewski (chodzi o prace sanitarne). W ocenie Izby kwestia ta powinna być przedmiotem dodatkowych wyjaśnień, dlatego też nakazała zamawiającemu powtórzenie (uzupełnienie) czynności wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu do wyjaśnienia wysokości ceny na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie dokonanie powtórnej oceny wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślić należy, że wyjaśnienia mogą być prowadzone wieloetapowo, jeżeli w dalszym ciągu pozostają wątpliwości dotyczące okoliczności mających wpływ na zaoferowaną cenę, a jednocześnie nie wskazują one na nierzetelność czy jakąkolwiek sprzeczność przedstawionych wyjaśnień.

Jednocześnie zauważyć należy, że zakres czynności polegającej na wezwaniu wykonawcy do dodatkowych wyjaśnienia ceny oferty nie ogranicza zamawiającego co do wezwania także o dodatkowe informacje (ewentualnie dowody), które w jego ocenie będą konieczne do prawidłowej oceny wyjaśnień, w sytuacji, gdy dojdzie do przekonania, że takie informacje (czy dowody) będą mu potrzebne.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Molewski oraz odrzucenia jego oferty wskutek niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazanego w pkt 5.1.2 IDW (z innych przyczyn niż wskazane w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty).

W ramach powyższego zarzutu odwołujący III wskazywał na brak udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie (tj. IDS i OCIDE) w zakresie wiedzy i doświadczenia w dacie składania ofert, tj. w dniu 11 kwietnia 2016 roku.

W ocenie Izby podnoszone przez odwołującego III w tym zakresie okoliczności to gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia odwołującego. Z uzupełnionych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumentów w postaci zobowiązań podmiotów trzecich, tj. IDS-BUD i OCIDE Construcccion S.A. wynika, że oba zobowiązania zostały sporządzone w dniu 8 kwietnia 2016 roku, a zatem jeszcze przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący III nie przedstawił żadnych dowodów, które potwierdzałyby podnoszone przez niego okoliczności, dlatego też Izba w tym zakresie uznała zarzut za całkowicie bezzasadny.

Następnie odwołujący III wskazywał na brak realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez podmioty trzecie z uwagi na brak określenia zakresu podwykonawstwa.

Jako aktualne należy przyjąć uwagi poczynione przez skład orzekający Izby przy odniesieniu się do kwestii realności udostępnienia zasobów przez Konsorcjum PRI METRO, o czym była mowa powyżej. Także w przypadku zobowiązań podmiotów trzecich przedłożonych przez Konsorcjum Molewski Izba uznała, że potwierdzają one realność udostępnienia zasobów i zawierają wszystkie elementy wymagane zarówno na podstawie przepisów Rozporządzenia w sprawie dokumentów, jak i przez zamawiającego, a

mianowicie określają: zakres dostępnych zasobów, tj. wiedza i doświadczenie we wskazanym zakresie; sposób korzystania z tych zasobów – wykonywanie części robót związanych z przedmiotem zamówienia (roboty budowlane, sanitarne); charakter stosunku łączącego strony – umowa podwykonawcza – umowa o roboty budowlane oraz wskazują na zakres i okres udziału.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że również w tym zakresie zarzut się nie potwierdził.

Odwolujący III wskazywał również na brak wykazania upoważnienia do reprezentacji OCIDE w zakresie podpisania zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego.

Także w tym przypadku, jako aktualne należy przyjąć uwagi poczynione przez skład orzekający Izby przy odniesieniu się do kwestii badania czy zasób został udostępniony w sposób prawidłowy, tj. przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby, o czym była mowa powyżej w odniesieniu do zarzutów stawianych Konsorcjum PRI METRO.

Konsorcjum Molewski niewątpliwie w toku postępowania odwoławczego wykazało, iż p. R.C.O. jest umocowany do reprezentacji OCIDE Construccion S.A., a zatem także w tym zakresie zarzut się nie potwierdził.

Zarzut dotyczący braku spełniania wymogów technologicznych oraz wartościowych przez roboty wykonywane przez OCIDE Construccion S.A. potwierdził się jedynie częściowo.

Przedmiotowy zarzut dotyczył robót wykazanych w poz. 4 Wykazu robót uzupełnionego przez Konsorcjum Molewski uzupełnionego w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, tj.: Renowacji i odbudowy sieci dystrybucji i systemu kanalizacji oraz oczyszczalni ścieków komunalnych w Coldea i Moieciu – CL 10.

Przede wszystkim w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący braku spełniania wymogów technologicznych. Odwołujący III nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających, że wykazane w referencjach z dnia 20 października 2014 roku prace nie odpowiadają wymaganiom postawionym przez zamawiającego, w tym technologii, tj. nie dotyczą modernizacji sieci kanalizacyjnej polegającej na renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych. Nawet opinia pana T.L., uwzględniona przez Izbę jako stanowisko własne odwołującego, nie jest jednoznaczna co do wskazania zakresu prac odpowiadających wykonaniu w technologii modułów renowacyjnych. Wniosek o powołanie biegłego w tym zakresie został oddalony przez Izbę o czym była mowa powyżej.

Jednocześnie w ocenie Izby pozostaje wątpliwość co do wartości prac wykonanych w ramach przedmiotowej inwestycji, które referowałyby bezpośrednio do warunku opisanego w pkt 5.1.2. IDW.

Należy zwrócić uwagę, że przedmiot zamówienia, obejmował różne rodzaje robót, co wynika z przedstawionego przez odwołującego III ogłoszenia o udzieleniu zamówienia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 listopada 2012 roku pod numerem 2012/S 222-365797, tj. obejmował roboty budowlane w zakresie budowy wodociągów i rurociągów do odprowadzania ścieków, w zakresie rurociągów do przesyłu wody, w zakresie węzłów do przepompowywania wody, w zakresie rurociągów wody ściekowej oraz obejmował przepompownie wody odpadowej. Całkowita wartość zamówienia zgodnie z ogłoszeniem wynosiła 27 817 247,77 RON. Taka też wartość została uwzględniona w wykazie robót uzupełnionym przez Konsorcjum Molewski. Z kolei z treści e-maila pana D.B. – wystawcy referencji wynika, że wartość prac wykonanych w technologii reliningu wynosi 1.998.369,18 RON. Powstaje zatem wątpliwość jaka jest rzeczywista wartość robót wskazanych w przedmiotowych referencjach, a w szczególności odpowiadających warunkowi udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. polegających na modernizacji sieci kanalizacyjnej polegającej na renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych.

Dodatkowo, Izba wskazuje, że nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja podnoszona przez Konsorcjum Molewski w toku rozprawy, iż wartości wskazanej w pkt 5.1.2. IDW, tj. 10.000.000,00 zł bez podatku VAT, nie należy odnosić tylko i wyłącznie do robót polegających na renowacji kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych, lecz do całości robót, których elementem jest również renowacja kanalizacji ściekowej w technologii modułów renowacyjnych. Izba wskazuje, że wartość ta odnosi się bowiem do konkretnej technologii i tak też został sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Mając powyższe na uwadze Izba, nie będąc związana wnioskami odwołującego, nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Molewski Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, 2) Molewski S.A. z siedzibą w Chodczu do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Prawo zamówień publicznych wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie odnoszącym się do wartości robót wykonanych przez OCIDE w technologii wymaganej przez zamawiającego w ramach warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1.2. IDW.

Mając powyższe na względzie Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 1 ust. 2 pkt 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 2 (dot. sprawy o sygn. akt: KIO 906/16), § 5 ust. 2 pkt 1 (dot. sprawy o sygn. akt: KIO 917/16) oraz na podstawie § 5 ust. 2 pkt 2 (dot. sprawy o sygn. akt: KIO 929/16) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Izba zasądziła od odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 906/16 na rzecz wykonawców wnoszących sprzeciw (tj. Konsorcjum Blejkan i Konsorcjum METRO) kwoty po 3 600 zł stanowiące koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Ponadto, Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 917/16 kwotę 23 600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Izba zasądziła również od wykonawców wnoszących sprzeciw (tj. Konsorcjum METRO i Konsorcjum Molewski) na rzecz odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 929/16 kwoty po 12 007 zł 50 gr jako równowartość kwoty 24 015 zł, stanowiącej koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdów, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Ponadto, Izba zasądziła od tych wykonawców na rzecz zamawiającego kwoty po 1 800 zł jako równowartość kwoty 3 600 zł, tj. kwoty poniesionej przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: