

Sygn. akt: KIO 143/11

WYROK
z dnia 8 lutego 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk
Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lutego 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum spółek w składzie: 1. Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., 00-695 Warszawa, ul. Grójecka 5, 2. Grupa Ortiz Polska S.A., 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 99/19**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Miasto Piotrków Trybunalski, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Rudowskiego 10**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum spółek w składzie: INFRA S.A., HYDROBUDOWA POLSKA S.A., 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum spółek w składzie: 1. Kompleksowa Realizacja Inwestycji

**Budowlanych Sp. z o.o., 00-695 Warszawa, ul. Grójecka 5, 2. Grupo Ortiz Polska S.A.,
02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 99/19**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczony przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum spółek w składzie: 1. Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., 00-695 Warszawa, ul. Grójecka 5, 2. Grupo Ortiz Polska S.A., 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 99/19,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 567 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako **konsorcjum spółek w składzie: 1. Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., 00-695 Warszawa, ul. Grójecka 5, 2. Grupo Ortiz Polska S.A., 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 99/19** na rzecz zamawiającego - **Miasto Piotrków Trybunalski, 97-300 Piotrków Trybunalski, ul. Pasaż Rudowskiego 10,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miasto Piotrków Trybunalski - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór projektanta i wykonawcy robót budowlanych dla zadania „Renowacja sieci kanalizacji deszczowej i ogólnospławnej” - kontrakt nr III w ramach projektu; „Modernizacja i rozbudowa oczyszczalni ścieków w Piotrkowie Trybunalskim, stanowiącym część programu operacyjnego „Infrastruktura i Środowisko" wspólnotowej pomocy strukturalnej w ramach Funduszu Spójności nr POIS .01.01.00-00-003/07”. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Pismem z 13 stycznia 2011 r. zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum spółek w składzie: 1. Kompleksowa Realizacja Inwestycji Budowlanych Sp. z o.o., 00-695 Warszawa, ul. Grójecka 5 oraz 2. Grupa Ortiz Polska S.A., 02-001 Warszawa, Al. Jerozolimskie 99/19 (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum KRIB”) o wykluczeniu z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 4 Pzp i odrzuceniu jego oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp a także o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako konsorcjum spółek w składzie: INFRA S.A. oraz HYDROBUDOWA POLSKA S.A., 62-081 Przeźmierowo, ul. Skórzewska 35 (dalej: „Przystępujący lub „Konsorcjum INFRA”). W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał, iż wykluczenie odwołującego nastąpiło z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, który został uregulowany w Rozdziale IX pkt 4 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz” lub „specyfikacja”). Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego, iż zatrzymuje wadium bowiem odwołujący nie uzupełnił dokumentu, do którego uzupełnienia wezwał odwołującego zamawiający, a jedynie ograniczył się do złożenia stosownych wyjaśnień.

W dniu 24 stycznia 2011 r. wykonawca Konsorcjum KRIB wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez bezprawne wykluczenie odwołującego z postępowania w wyniku bezpodstawnego uznania, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
2. art. 46 ust. 4a ustawy poprzez bezprawne zatrzymanie wadium odwołującego, mimo iż nie tylko nie zaszły przesłanki do wykluczenia odwołującego z postępowania, a nawet

jeżeliby uznać, że takowa zaszła - czemu odwołujący stanowczo oponował - to nie ziszcila się przesłanka uprawniająca zamawiającego do zatrzymania wadium wniesionego przez odwołującego;

3. pkt 5 Rozdziału IX specyfikacji w związku z § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) – dalej zwane „rozporządzeniem o dokumentach” - w związku z art. 26 ust. 2 pkt 2b ustawy poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż podmiot trzeci, który zobowiązał się do oddania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, swojego potencjału oraz będzie bezpośrednio uczestniczył w wykonaniu zamówienia, nie jest zobowiązany do okazania zamawiającemu stosownych dokumentów;
4. art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do oddania do dyspozycji tego wykonawcy swoich zasobów na okres wykonywania zamówienia;
5. art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyjaśnienia, czy złożone w toku postępowania oferty nie wypełniają znamion pojęcia „rażąco niskiej ceny”.

Konsorcjum KRIB wnosił o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. nakazanie zamawiającemu przywrócić odwołującego do postępowania;
3. nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego badania oraz oceny złożonych ofert;
4. nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą do uzupełnienia dokumentów podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do oddania temu wykonawcy swoich zasobów na okres realizacji przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Konsorcjum KRIB podnosił:

I. Zarzut nieuprawnionego wykluczenia odwołującego z postępowania

Odwołujący wyjaśniał, że tytułem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 15 mln zł. Konsorcjum KRIB odwołał się do potencjału podmiotu

trzeciego, który uzyskał informację z banku w postaci dokumentu potwierdzającego zdolność kredytową, który w Królestwie Hiszpanii zwykł się nazywać póliza de credit. Z treści dołączonego do oferty odwołującego dokumentu wynika, jego zdaniem, iż podmiot trzeci dysponuje maksymalną zdolnością kredytową do kwoty 7.000.000,00 euro. W opinii odwołującego nieuprawnione zatem było twierdzenie zamawiającego, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podnosił, że nie może bowiem nieściśle terminologicznie tłumaczenie, które de facto stanowi kalkę językową z języka hiszpańskiego, podważać znaczenia powyższego dokumentu, który stanowi zwyczajowe potwierdzenie przez hiszpańskie banki zdolności kredytowej przedsiębiorców posiadających swoje siedziby na terenie Królestwa Hiszpanii.

II. Zarzut zatrzymania wadium odwołującego przez zamawiającego

W ocenie odwołującego nie ziściła się żadna z przesłanek, która dawałaby podstawę zamawiającym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do zatrzymania wadium. Odwołujący podkreślał, iż od samego początku kwestionował zasadność wezwania odwołującego przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w oznaczonym terminie w zakresie potwierdzenia posiadanej przez odwołującego zdolności kredytowej lub posiadanych środków argumentując, iż budzący wątpliwości termin w tłumaczeniu informacji udzielonej przez bank, został przetłumaczony dosłownie oraz jest efektem pewnych odrębności zarówno w obrocie prawnym, jak i praktyce pomiędzy Polską a Królestwem Hiszpanii. Odwołujący nie zgadzał się z zamawiającym, jakoby przed upływem wyznaczonego przez zamawiającego terminu uzupełnienia dokumentów nie złożył w ogóle żądanych dokumentów. Wskazywał, że w dacie upływu wyznaczonego przez zamawiającego terminu, był on w posiadaniu dokumentów oraz wyjaśnień, które odwołujący przesłał pismem z 27 grudnia 2010 r. W świetle powyższych okoliczności, w opinii odwołującego zatrzymanie przez zamawiającego wadium jest nie tylko bezpodstawne, ale przede wszystkim bezprawne. Na marginesie powyższych argumentów odwołujący zwracał uwagę, że jeżeli zamawiający miał wątpliwość w stosunku do tłumaczenia załączonego dokumentu to powinien był wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień bądź zlecić tłumaczenie niezależnemu ekspertowi.

III i IV. Zarzut naruszenia pkt 5 Rozdziału IX specyfikacji w związku z § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach w związku z art. 26 ust. 2 pkt 2b ustawy w konsekwencji zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania Konsorcjum INFRA do uzupełnienia stosownych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp

Postanowieniami specyfikacji zamawiający nałożył na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek dołączenia do oferty dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, jeżeli wykonawca powołuje się na potencjał tych podmiotów i podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia (Rozdział IX siwz). Z dokumentów dołączonych do oferty wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą wynika, iż wykonawca ten tytułem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania odpowiedniego potencjału kadrowego odwołał się do potencjału podmiotu trzeciego i wskazał na stanowisko projektanta robót sanitarnych Pana Andrzeja Bartczaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą - Projektowanie i nadzór w budownictwie Andrzej Bartczak. Jednocześnie Pan Andrzej Bartczak zobowiązał się „na cały okres niezbędny do realizacji zamówienia” świadczyć swoje usługi na rzecz wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. W opinii odwołującego poza sporem jest, iż w toku wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego projektant robót sanitarnych w osobie Pana Andrzeja Bartczaka będzie bezpośrednio zaangażowany w wykonywanie stosownych czynności. Świadczyć może o tym chociażby opracowany przez zamawiającego program funkcjonalno - użytkowy, w którym określono zakres obowiązków wykonawcy, w tym m.in. obowiązek opracowania dokumentacji obejmującej projekt budowlany opracowany w zakresie zgodnym z wymaganiami obowiązującej w Polsce ustawy - Prawo budowlane z dnia 7 lipca 1994 r. (tekst jednolity: Dz. U. z 2006 r. Nr 156 poz. 1118 z późn. zm.), a także fakt, iż powyższych czynności mogą dokonywać jedynie osoby posiadające stosowne uprawnienia dotyczące samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Odwołujący podkreślał, iż Pan Andrzej Bartczak zobowiązał się do osobistego świadczenia na rzecz ww. konsorcjum, a dołączone do oferty oświadczenie woli nie pozostawia w powyższym zakresie żadnych wątpliwości. Wskazane powyżej okoliczności, w świetle nałożonego przez zamawiającego na wykonawców ubiegających się o zamówienie, obowiązku dołączania do oferty odpowiednich dokumentów dotyczących podmiotów trzecich, w przypadku ich bezpośredniego zaangażowania w wykonanie zamówienia, przesądzały o tym, by Konsorcjum INFRA dołączyło dokumenty dotyczące Pana Andrzeja Bartczaka. Ponadto odwołujący podnosił, że jeżeli nawet przystępujący uchybił obowiązkowi określonemu w siwz to zamawiający winien był na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie.

V. Zarzut zaniechania zamawiającego zwrócenia się do Konsorcjum INFRA celem wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny

Zdaniem odwołującego jedną z przesłanek do odrzucenia oferty przystępującego jest złożenie przez tegoż wykonawcę oferty zawierającej „rażąco niską cenę”, której wysokość

wynosiła 12.688.000,00 zł. brutto i odbiegała znacząco od pozostałych cen, które zaproponowali wykonawcy w złożonych przez siebie ofertach. Odwołujący wyjaśniał, że jeżeli weźmie się pod uwagę, iż zaoferowana przez Konsorcjum INFRA cena stanowiła zaledwie ok. 40% wartości środków przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia przez zamawiającego, to w ocenie odwołującego istniała uzasadniona konieczność wyjaśnienia, czy w stosunku do Konsorcjum INFRA nie ziściła się jedna z przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty tego wykonawcy.

W dniu 25 stycznia 2011 r. zamawiający przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 28.01.2011 r. w formie pisemnej (prezentata KIO z datą 28.01.2011 r. – wpływ bezpośredni) zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca - Konsorcjum INFRA.

W dniu 3 lutego 2011 r. Zamawiający, pismem z dnia 2 lutego 2011 r. odpowiedział na odwołanie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości. W piśmie odnosząc się do wskazanych przez odwołującego zarzutów (w kolejności poruszanej w uzasadnieniu odwołania) podnosił:

Zarzuty nr 2 i 3 (naruszenia pkt 5 rozdziału IX SIWZ w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach w zw. z art. 26 ust. 2 pkt 2b Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp).

Zamawiający nigdy nie traktował oświadczenia dotyczącego Andrzeja Bartczaka w kontekście „pisemnego zobowiązania” w rozumieniu przepisu art. 26 ust. 2b zd. 2 Pzp, albowiem w jego opinii nie było ku temu żadnych podstaw. Dla zamawiającego było oczywistym, iż w przypadku Andrzeja Bartczaka ma do czynienia z bezpośrednim dysponowaniem tą osobą przez Przystępującego.

Z ostrożności podnosił dodatkowo, że przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach nie nakłada obowiązku, a daje jedynie możliwość żądania przedstawienia stosownych dokumentów od podmiotów „użyczających potencjału”. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ograniczył wymóg dostarczenia dokumentów wskazanych w pkt 5 rozdziału IX siwz do tych spośród „podmiotów użyczających potencjału”, które „będą brały udział w realizacji części zamówienia”. W ocenie zamawiającego z oferty przystępującego nie wynika w żadnej mierze, aby przedsiębiorstwo „Projektowanie i Nadzór w Budownictwie

Andrzej Bartczak" miało brać udział w realizacji części zamówienia. Tym samym zamawiający podnosił bezzasadność zarzutu naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 pzp.

Zarzut 5 (naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp).

Zamawiający odwoływał się - w ślad za Komentarzem do art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (w: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007) – do orzecznictwa ETS, tj. zgodnie z orzeczeniem ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-J 03/88 (Constanzo), niedopuszczalne - jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych - jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucenie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert albo poniżej wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego)...

Zamawiający wyjaśniał, że wszystkie oferty bardzo znacząco odbiegały „w dół” w stosunku do określonej przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia, co jego zdaniem z pewnością spowodowane jest obniżeniem cen na rynku i jest to tendencja występująca nie tylko w tym ale także i w innych postępowaniach z wykorzystaniem środków unijnych przeprowadzanych przez zamawiającego. Zamawiający podkreślał, że lepiej jest, aby określając wartość przedmiotu zamówienia ewentualne różnice były różnicami przeszacowania, a nie niedoszacowania (praktycznie brak negatywnych skutków „przeszacowania”).

Zamawiający wyjaśniał, że w pracach komisji przetargowej uczestniczył biegły - Adam Ciechański (Inżynier Kontraktu dla całego wielomilionowego projektu) - który nie miał uwag do rzetelności i realności cen zawartych w ofercie przystępującego. Z najdalej idącej ostrożności zamawiający wnosił o dopuszczenie dowodu z jego zeznań.

Zarzut 1 i 4 (naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp i art. 46 ust. 4a pzp)

Zamawiający wskazywał, że odwołujący w uzasadnieniu odwołania podtrzymał swoje stanowisko z pisma z 28 grudnia 2010 r., że tłumaczenie zawarte w ofercie (tłumaczenie przysięgłe) jest tłumaczeniem błędnym. Odwołujący odnosił się do „treści” dokumentu hiszpańskiego. Zamawiający podnosił, że z treści załączonego tłumaczenia przysięgłego wynika jednoznacznie, że zdolność kredytowa pomiotu użyczającego tej zdolności odwołującemu dokumentowała jedynie, na dzień złożenia oferty, zdolność w wysokości równoważności poniżej 2 mln euro, czyli poniżej wymagań zamawiającego (15 mln zł). Zamawiający podkreślał, że w przedostatnim akapicie rozdziału X siwz wskazał na

obowiązek załączenia tłumaczenia przysięgłego dla dokumentów w języku obcym. Takie tłumaczenie ewidentnie stanowi dokument postępowania. Przepis art. 9 ust. 2 Pzp ewidentnie wskazuje, że postępowanie prowadzi się w języku polskim, dlatego oceny spełnienia warunków postawionych wykonawcom przez zamawiającego w przypadku odwołującego dokonano na podstawie dokumentu tłumaczenia przysięgłego zawartego w ofercie, a de facto sam Odwołujący przyznaje, iż z treści tłumaczenia nie wynika spełnienie warunku odnośnie zdolności kredytowej. Zamawiający wskazywał, że odwołujący miał możliwość przedstawienia poprawionego tłumaczenia, ale z tej szansy nie skorzystał a dywagacje odnośnie powinności zlecenia tłumaczenia przez zamawiającego w jego opinii nie znajdują żadnego uzasadnienia w przepisach prawa.

Odnosząc się do kwestii zatrzymania wadium zamawiający wyjaśniał, że wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu ekspertów oraz dokumentów w zakresie wykazania zdolności kredytowej. W piśmie z dnia 28.12.2010 r. odwołujący przedstawił uzupełniony załącznik nr 5 (wykaz osób) wraz z dodatkowymi dokumentami, natomiast w zakresie wykazania zdolności kredytowej nie załączył żadnych nowych dokumentów, a jedynie w treści pisma zawarł wyjaśnienie, iż załączone tłumaczenie przysięgłe dokumentu ze str. 110 - 111 oferty jest tłumaczeniem zawierającym błąd tłumaczkowy i że sformułowanie „poliza de creditó” należałoby inaczej przetłumaczyć niż dokonane to zostało w załączonym tłumaczeniu. Podkreślał, że do pisma nie załączono poprawionego tłumaczenia (nawet nie przysięgłego). Wobec tego, w ocenie zamawiającego zaistniały stan faktyczny należy interpretować jako zaniechanie złożenia jakiegokolwiek poprawionego dokumentu (np. poprawionego tłumaczenia), a w to miejsce w piśmie z 28 grudnia 2010 r. zawarto wyjaśnienia odwołującego, nawet nie jego oświadczenie. Fakt nie złożenia żadnego dokumentu, a jedynie złożenia wyjaśnień jest bezsporny i przyznany przez odwołującego. Zamawiający podkreślał, że odwołujący był wzywany do uzupełnienia braków w dokumentach w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wywodził, że treść uzasadnienia odwołania potwierdza brak zrozumienia przez odwołującego dyspozycji przepisu art. 46 ust. 4a Pzp. Wyjaśniał, że nie zarzucał, że „odwołujący nie złożył w ogóle żądanych dokumentów”. Zamawiający stwierdził jedynie fakt, że odwołujący nie złożył żadnego dokumentu w odpowiedzi na pisemne wezwanie.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego na rozprawie oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz uczestnika postępowania złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

I i II. W pkt 4 b) Rozdziału IX siwz – warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej – zamawiający sprecyzował, że uzna warunek za spełniony w przypadku gdy wykonawca wykaże i przedłoży informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w wysokości co najmniej 15 mln zł.

W Rozdziale X siwz zamawiający sprecyzował, że w przypadku dokumentów sporządzonych w języku obcym należy załączyć tłumaczenie na język polski sporządzone przez tłumacza przysięgłego.

Zgodnie z protokołem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, druk ZP-1, termin składania ofert upływał w dniu 15 grudnia 2010 r.

W ofercie Konsorcjum KRIB na stronach 110 i 111 znajduje się informacja wystawiona przez bank BANESTO wraz z tłumaczeniem z języka hiszpańskiego sporządzonym przez tłumacza przysięgłego w którym podano m.in.: „BANCO ESPANOL DE CREDITO S.A., a w jego imieniu Pan Ricardo Ferrer Valero jako pełnomocnik reprezentujący Oddział w Madrycie, z siedzibą przy Glorieta de Bilbao 6 oświadcza, że ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A., posiadająca numer identyfikacji podatkowej A19001205, posiada w niniejszym biurze polisę kredytową o numerze 00301542590000221172 z limitem 7.000.000 euro z dostępną na dziś dzień kwotą 1.967.996,11 euro. Na prośbę strony zainteresowanej wystawiliśmy niniejsze zaświadczenie w Madrycie, dnia 2 listopada 2010 r.”. Pod tłumaczeniem zawarto następujący zapis: „Ja, Aneta Kałmuk-Kwaśniewska, tłumacz przysięgły języka hiszpańskiego, zaświadczam, iż niniejsze tłumaczenie jest zgodne z dokumentem w języku hiszpańskim, jaki mi przedstawiono. Nr rep. 199/2010”.

Pismem z 21 grudnia 2010 roku (znak SPZ.341-8-10-11/10) zamawiający poinformował odwołującego, że jego oferta jest niezgodna z rozdziałem IX pkt 4 b) siwz, ponieważ z załączonych do oferty dokumentów (str. 110-111) nie wynika, że wykonawca posiada rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości 15 mln. zł. Jednocześnie niniejszym pismem zamawiający zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów, które miałyby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie w terminie do dnia 28 grudnia 2010 r.

W piśmie z 27 grudnia 2010 roku (znak pisma: KRIB/OF/261/2010) odwołujący podał: „z tłumaczenia dokumentów złożonych na stronie 110 -111 wynika, że Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. posiada polisę kredytową o numerze 003001542590000221172 z limitem

7.000.000,00 euro. Oznacza to jednak, że ww. firma ze Ortiz Construcciones y Proyectos S.A. posiada w banku Banco Espanol de Credito S.A. zdolność kredytową do 7.000.000 euro. W Hiszpanii terminem poliza de credito określa się operację finansową, która polega na możliwości zadłużania się do kwoty ustalonej między stronami na określony czas. Tym samym, mamy tu do czynienia z tłumaczeniem dosłownym terminu z języka hiszpańskiego na język polski, które nie odpowiada rzeczywistości, gdyż odpowiednim tłumaczeniem sformułowania poliza de credito jest zwrot zdolność kredytowa. Jest to błąd tłumaczki”.

Pismem z 13 stycznia 2011 roku zamawiający poinformował odwołującego o wykluczenia z postępowania i odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu pisma wskazał, iż wykluczenie nastąpiło z powodu zaniechania uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku, który został uregulowany w Rozdziale IX pkt 4 lit. b) siwz. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż zatrzymuje wadium bowiem nie uzupełniono dokumentu, do którego uzupełnienia wezwał odwołującego zamawiający, a odwołujący jedynie ograniczył się do złożenia wyjaśnień.

Pismem datowanym na dzień 13 stycznia 2011 r. (znak: KRIB/OF/10/2011), odwołujący poinformował zamawiającego o braku podstaw do zatrzymania wadium oraz wezwał zamawiającego do jego zwrotu. W odpowiedzi zamawiający pismem z 21 stycznia 2011 roku odmówił zwrotu wadium powtarzając stanowisko w którym wskazywał, że odwołujący nie przedstawił dokumentu, z którego wynikałoby spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a jedynie poprzestał na złożeniu wyjaśnień.

W toku rozprawy przed Izbą pełnomocnik odwołującego przedstawił informację z banku Banco Espanol de Credito S.A. w której podano: „BANCO ESPANOL DE CREDITO S.A., a w jego imieniu Pan Ricardo Ferrer Valero jako pełnomocnik reprezentujący Oddział w Madrycie, z siedzibą przy Glorieta de Bilbao 6 oświadcza, że ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A., z numerem NIP A19001205, posiada w tym oddziale linię kredytową o numerze 00301542590000221172 z limitem 6.050.000 EUR. Na prośbę zainteresowanego wydajemy niniejsze w Madrycie w dniu 26 stycznia 2011 r.”. Pod tłumaczeniem zawarto następujący zapis: „Ja, Ewa Karczewska, tłumacz przysięgły języka hiszpańskiego, zaświadczam, zgodność niniejszego tłumaczenia z przedstawionym mi dokumentem sporządzonym w języku hiszpańskim. Nr rep. 59/2011”.

III i IV. W zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zapisami pkt 3a Rozdziału IX siwz Zamawiający wymagał od wykonawców wskazania i przedłożenia „wykazu osób które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia” wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych” a także zakresu wykonywanych przez

nie czynności a także informacji o prawie dysponowania tymi osobami (załącznik nr 5 do siwz).

W pkt 5 Rozdziału IX siwz Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, musi przestawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w Rozdziale IX pkt. 5 siwz, tj.:

- a) oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp wg załącznika nr 3,
- b) aktualny odpis z właściwego rejestru,
- c) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego oraz właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego oraz
- d) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego.

W ofercie przystępującego ww. wykaz osób zgodny ze wzorem załącznika nr 5 do siwz zawarto na str. od 66 do 71. Na str. 69 oferty w pozycji 3 w roli projektanta robót sanitarnych przewidziano osobę Pana Andrzeja Bartczaka. W kolumnie znajdował się również zapis „Będziemy dysponować na podstawie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia art. 26 2 b Ustawy Prawo Zamówień Publicznych”.

Do oferty Konsorcjum INFRA załączył (str. 72) oświadczenie wykonawcy – Projektowanie i Nadzór w Budownictwie Andrzej Bartczak, ul. Nowowiejska 61A, 71-220 Bezrzecze w którym Pan Andrzej Bartczak oświadczył, że na zasadzie art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp zobowiązuje się do udostępnienia Wykonawcy, Konsorcjum Firm: INFRA S.A. – Lider z siedzibą w Wysogotowie, ul. Skórzewska 35, 68 – 081 Przeźmierowo, Hydrobudowa Polska S.A. – Partner Konsorcjum, biorącemu udział w postępowaniu organizowanym przez Miasto Piotrków Trybunalski, Pasaż Karola Rudkowskiego 10, 97-300 Piotrków Trybunalski do udostępnienia Projektanta robót sanitarnych w osobie Pana Andrzeja Bartczaka na cały okres niezbędny do realizacji niniejszego zamówienia.

V. Wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu ustalono na kwotę 25.554.258,57 zł. netto w dniu 1 kwietnia 2009 r. na podstawie wyceny zamówienia zawartego we wniosku o dofinansowanie Studium Wykonalności. Wartość, którą zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia ustalono na poziomie 31.268.198,20 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców, tj.:

- 1) Konsorcjum INFRA – wartość netto – 10.400.000,00 zł, wartość brutto – 12.688.000,00 zł.;
- 2) Konsorcjum KRIB – wartość netto – 13.400.000,00 zł, wartość brutto – 16.348.000,00 zł.;
- 3) STRABAG Sp. z o.o. – wartość netto – 13.505.969,40 zł, wartość brutto – 16.447.282,67 zł.;
- 4) PER AARSLEFF Polska Sp. z o.o. – wartość netto – 15.859.000,00 zł, wartość brutto – 19.347.980,00 zł.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy występującego jako Konsorcjum INFRA.

Izba kolejno odniosła się do poszczególnych zarzutów sformułowanych przez Konsorcjum KRIB i stwierdziła:

I. Po pierwsze, odnosząc się do zarzutu odwołującego w zakresie bezpodstawnego uznania przez zamawiającego, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4 b) rozdziału IX siwz i wobec tego nie powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba stwierdziła, iż zarzut nie znalazł potwierdzenia w świetle zebranego w sprawie materiału dowodowego. Tym samym Izba potwierdziła słuszność czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z przedmiotowego postępowania odwołującego w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Izba wskazuje, że art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym z treści ww. artykułu jasno wynika, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wobec tego istotnym jest, że to właśnie wykonawca zobligowany jest przedłożyć dokumenty

wskazane w specyfikacji, w celu udowodnienia zamawiającemu, iż spełniając warunki udziału w postępowaniu daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. W przypadku, gdy zamawiający w siwz weryfikuje sytuację ekonomiczną i finansową wykonawców może żądać m. in. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, co wynika z § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia o dokumentach. Wymieniona powyżej informacja jest kluczowym elementem obrazującym sytuację finansowo wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu i stanowi dla zamawiającego podstawę do oceny spełniania określonego w siwz warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno - finansowej wykonawcy.

Na gruncie rozpoznawanej sprawy Izba ustaliła, iż treść opisu sposobu oceny warunku udziału w postępowaniu sformułowana przez zamawiającego w odniesieniu sytuacji ekonomicznej i finansowej w Rozdział IX siwz precyzyjnie określa wymagania, których spełnianie muszą wykazać wykonawcy, w celu udowodnienia, że nie podlegają wykluczeniu z postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Biorąc pod uwagę brzmienie pkt 4 lit b) postanowień siwz w przedmiotowej kwestii należy podkreślić, że wykonawca w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej miał obowiązek przedłożyć dokument, tj. informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, z którego jasno wynikałoby, że wykonawca posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 15 mln zł.

Izba potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego, który po zbadaniu zawartej na stronach 110 i 111 oferty, informacji wystawionej przez bank BANESTO wraz z tłumaczeniem z języka hiszpańskiego sporządzonym przez tłumacza przysięgłego uznał, że przedstawiony dokument nie potwierdza spełnienia postawionego przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Z przedstawionej informacji nie wynika bowiem spełnienie warunku udziału przez wykonawcę a jedynie fakt, że podmiot trzeci - ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. – do którego potencjału odwołujący się odwoływał, posiada polisę kredytową z limitem 7.000.000 euro, ale z dostępną na dzień wydania informacji, tj. 2 listopada 2010 r., kwotą 1.967.996,11 euro.

Wobec powyższego nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego wyrażonym w wyjaśnieniach z dnia 27 grudnia 2010 r. oraz prezentowanym w uzasadnieniu odwołania a także na rozprawie, że z treści dołączonej do oferty odwołującego informacji banku wynika, iż podmiot trzeci na którego potencjał powołuje się Konsorcjum KRIB dysponuje maksymalną zdolnością kredytową do kwoty 7.000.000,00 euro. Izba uznała za ww. twierdzenie za nieuprawnione, gdyż z treści informacji wynika jasno, że co prawda ORTIZ

CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. posiada polisę kredytową z limitem 7.000.000 euro, ale z zastrzeżeniem, że na dzień wydania informacji, tj. 2 listopada 2010 r., kwota dostępna to jedynie 1.967.996,11 euro. Zatem należy podkreślić, że opierając się na treści powyższej informacji banku, Konsorcjum KRIB nie wykazał spełnienia warunku udział w postępowaniu określonego przez zamawiającego w siwz w zakresie sytuacji ekonomiczno – finansowej.

Izba potwierdziła słuszność i celowość czynności zamawiającego, który uznając, że złożone wraz z ofertą przez Konsorcjum KRIB dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 4b w rozdziale IX siwz, wypełniając zobowiązanie ustawowe, zwrócił się do odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie ww. dokumentów. Odwołujący nie skorzystał z możliwości uzupełnienia żądanych przez zamawiającego dokumentów w zakresie potwierdzenia warunku odnoszącego się do zdolności ekonomiczno finansowej i ograniczył się jedynie do złożenia wyjaśnień (pismo z dnia 27 grudnia 2010 r.). Zdaniem Izby za błędne należy uznać takie działanie odwołującego, gdyż zamawiający nie zwracał się do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp o udzielenie wyjaśnień dotyczących załączonej informacji banku, a uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomiczno – finansowej. Wobec powyższego odwołujący winien w takim przypadku uzupełnić żądane przez zamawiającego dokumenty, a nie odwoływać się jedynie do wyjaśnień.

Izba uznała za nieprawidłową, przedłożoną na rozprawie przez odwołującego informację banku Banco Espanol de Credito S.A. w której wskazano, że ORTIZ CONSTRUCCIONES Y PROYECTOS S.A. posiada linię kredytową z limitem 6.050.000 euro, ponieważ ww. informacja była datowana na dzień 26 stycznia 2011 r., podczas gdy termin składania ofert upłynął w dniu 15 grudnia 2010 r.

Ponadto Izba nie dała wiary twierdzeniom odwołującego przedstawionym na rozprawie, iż od początku kwestionował on czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia powyższych dokumentów, uznając je gołosłowne, gdyż nie mają one żadnego odzwierciedlenia w dokumentacji przedmiotowej sprawy a odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie ww. okoliczności.

II. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 46 ust. 4a Pzp poprzez bezprawne zatrzymanie wadium Odwołującego Izba podzieliła stanowisko i argumentację Zamawiającego i nie stwierdziła naruszenia przywołanego powyżej przepisu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 tej ustawy, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Tym samym istotnym i koniecznym warunkiem możliwości zatrzymania wadium przez zamawiającego w postępowaniu na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp jest uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakujących dokumentów, co w przedmiotowym przypadku miało miejsce, gdyż zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2010 r. w jasny i klarowny sposób poinformował odwołującego, że jego oferta jest niezgodna z rozdziałem IX pkt 4 b) siwz, ponieważ z załączonych do oferty dokumentów (str. 110-111) nie wynika, że wykonawca posiada rachunek potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości 15 mln. zł., jednocześnie wzywając Konsorcjum KRIB w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie dokumentów, które miałyby potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu w ww. zakresie w terminie do dnia 28 grudnia 2010 r.

Bezspornym jest, iż odwołujący na ww. wezwanie zamawiającego nie złożył w wyznaczonym przez niego terminie, żądanych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno – finansowej, co należy traktować jako przypadek bierności odwołującego. Izba podkreśla, że odwołujący mógł uchronić się przed zatrzymaniem wadium poprzez wykazanie, iż nie uzupełnienie wskazanych przez zamawiającego dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie (arg. art. 46 ust. 4a in fine).

Analiza całości zgromadzonego materiału dowodowego w przedmiotowej sprawie oraz wyjaśnienia odwołującego złożone na rozprawie, w ocenie Izby nie pozwala stwierdzić, że nie uzupełnienie przez Konsorcjum KRIB wskazanych przez zamawiającego dokumentów było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, odwołujący nie miał i nie mógł mieć wpływu.

Podsumowując, wobec faktu, iż odwołujący, który został prawidłowo wezwany przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, nie uzupełnił dokumentów w wyznaczonym terminie i nie wykazał, że wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie, zamawiający był uprawniony do zatrzymania mu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp.

III i IV. W ocenie Izby spór pomiędzy zamawiającym a odwołującym toczy się na płaszczyźnie kwalifikacji dysponowania przez Konsorcjum INFRA osobą Pana Andrzeja

Bartczaka wykazanego w ofercie przystępującego na stanowisku projektanta robót sanitarnych. Zamawiający twierdził, że informacji o dysponowaniu ww. osobą nigdy nie traktował w kontekście dysponowania w trybie przepisów art. 26 ust. 2b Pzp wobec tego nie miał obowiązku występowania do przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp o uzupełnienie wymaganych dokumentów. Natomiast odwołujący wskazywał, że w świetle nałożonego przez zamawiającego na wykonawców ubiegających się o zamówienie obowiązku dołączania do oferty odpowiednich dokumentów dotyczących podmiotów trzecich w przypadku ich bezpośredniego zaangażowania w wykonanie zamówienia, przesądzał o tym, by Konsorcjum INFRA dołączył dokumenty dotyczące Pana Andrzeja Bartczaka. Zamawiający natomiast, poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia wymaganych dokumentów dotyczących Pana Andrzeja Bartczaka naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Bezspornym jest, że zamawiający w pkt 5 rozdziału IX siwz wymagał w przypadku gdy wykonawca wykazując spełnianie warunków, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienionych w § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach.

W świetle powyższego wskazać należy, że treść § 1 ust. 2 rozporządzenia znajduje zastosowanie w przypadku ziszczenia się kumulatywnie dwóch następujących przesłanek. Po pierwsze wymagane jest, aby wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Po drugie Zamawiający wymagał aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia.

Według art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Izba zwraca uwagę, że dysponowanie wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy zasobami może mieć różną formę oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami. O fakcie dysponowania przez wykonawcę osobą zdolną do wykonania zamówienia rozstrzyga więc prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą a tą osobą. W przypadkach, gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobą zdolną do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na dysponowanie której wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Przy czym bez znaczenia jest tutaj charakter prawny takiego stosunku, tj. czy mamy tu do czynienia z umową o pracę, umową o świadczenie usług, umową przedwstępną, czy też z samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą itd.

Tożsamy pogląd wyrażony w orzeczeniach Izby: wyrok KIO z dnia 2 lipca 2009 r. KIO/UZP 766/09 oraz wyrok KIO z dnia 27 maja 2009 r. KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09.

O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim. W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia tych osób. Przy czym ustawa Pzp nie zastrzega żadnych szczególnych wymogów prawnych co do charakteru takiego zobowiązania. Oznacza to, iż zobowiązanie takie może wynikać z różnych stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotem trzecim (umowa przedwstępna, umowa o podwykonawstwo, umowa o współpracy, porozumienie pomiędzy pracodawcami o delegowaniu pracowników w celu wykonywania pracy u wykonawcy itd.). Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. Będzie to dotyczyło sytuacji, gdy podmiotem trzecim będzie zarówno jednostka organizacyjna (osoba prawna albo jednostka organizacyjna, nie posiadająca osobowości prawnej, wyposażona przez prawo w zdolność prawną), jak również osoba fizyczna, prowadząca działalność gospodarczą i zatrudniająca w tym celu pracowników albo uprawniona do dysponowania ich pracą na podstawie umów cywilnoprawnych (*opinia Urzędu Zamówień publicznych zawarta na stronie: www.uzp.gov.pl*).

Przekładając powyższe twierdzenia na stan faktyczny sprawy należy stwierdzić, że w przedmiotowej sytuacji w zakresie dysponowania osobą Pana Andrzeja Bartczaka mamy do czynienia z dysponowaniem o charakterze bezpośrednim, bowiem Pan Andrzej Bartczak prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą „Projektowanie i nadzór w Budownictwie Andrzej Bartczak” udostępnia swoją osobę, co nie wypełnia dyspozycji przepisu art. 26 ust. 2b Pzp. Tym samym w przedmiotowym stanie faktycznym mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim.

Izba dała wiarę wyjaśnieniom przystępującego złożonym na rozprawie, który wskazywał, iż załączonych do oferty dokumentach omyłkowo powołano się na art. 26 ust. 2b Pzp, bowiem wskazana w nich podstawa prawna nie jest bowiem adekwatna do rzeczywistej treści stosunku łączącego Konsorcjum INFRA z Panem Andrzejem Bartczak. W ocenie Izby

za słuszne należy uznać stanowisko, że Pan Andrzej Bartczak nie może udostępnić sam siebie, a może jedynie zobowiązać się do współpracy z przystępującym w ramach stosunku cywilnoprawnego. Nie mniej jednak zamawiający postanowieniami siwz nie wymagał przedłożenia takich dokumentów. Wobec tego należy podkreślić, że przystępujący nie był zobowiązany do jego złożenia wraz z ofertą.

Kolejno, w przedmiotowej sprawie, poza stwierdzeniem powoływania się przez wykonawcę na pośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, istotne jest także stwierdzenie, że podmiot trzeci, na którego zasoby osobowe powołuje się wykonawca, będzie brał udział w realizacji części zamówienia, przy której zasoby te będą wykorzystywane.

Izba wskazuje, że nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że Pan Andrzej Bartczak ma świadczyć na rzecz Konsorcjum INFRA usługi na zasadzie podwykonawstwa, gdyż z dokumentacji postępowania, w szczególności oferty przystępującego wynika jedynie informacja, iż ma on pełnić funkcję projektanta robót sanitarnych (str. 69 oraz 72 oferty), natomiast odwołujący w żaden sposób nie wykazał, iż ww. okoliczność będzie miał miejsce w przedmiotowej sprawie.

Z powyższego, wbrew twierdzeniom odwołującego, jasno wynika, że treść siwz oraz przepisu § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach w niniejszej sytuacji nie będzie miała zastosowania, gdyż nie zostało wykazane spełnienie obu przesłanek warunkujących możliwość jego zastosowania, tj. wymagania aby wykonawca, wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, polegał na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy oraz aby podmioty te brały udział w realizacji części zamówienia.

Tym samym za chybione należy uznać zarzuty naruszenia przez zamawiającego: pkt 5 Rozdziału IX specyfikacji w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp oraz art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów dotyczących dysponowania osoba Pana Andrzeja Bartczaka.

V. Dokonując analizy i oceny ostatniego z zarzutów zgłoszonych przez odwołującego, tj. naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie dokonania wyjaśnienia, czy złożone w toku postępowania oferty nie wypełniają znamion pojęcia „rażąco niskiej ceny”, Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia powyższego artykułu ustawy nie potwierdził się.

Izba wskazuje, że zakaz formułowania ceny rażąco niskiej wynika z art. 90 ustawy i jest wynikiem uzasadnionego podejrzenia ustawodawcy, iż wykonawca w celu uzyskania zamówienia zaproponuje cenę bardzo niską, która nie będzie gwarantowała wykonania zamówienia lub spowoduje jego wykonanie w nienależyty sposób, np. kosztem jakości czy też terminowości wykonania przedmiotu zamówienia.

Istotnym jest, iż ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „rażąco niska cena” oraz brak jest również jednoznacznego wskazania w dotychczasowym orzecznictwie kryteriów, jakie należy brać pod uwagę przy ocenie czy zachodzi okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej. Zatem każdy przypadek należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności sprawy oraz specyfikę przedmiotu zamówienia. Korzystając z ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena nierealistyczna, cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku (*wyrok KIO o sygn. KIO 1803/10*).

Zdaniem Izby jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez Zamawiającego, powiększona o właściwą stawką podatku VAT.

W przedmiotowym postępowaniu z porównania wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej, ze względu na definicję ceny zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach w związku z art. 2 pkt 1 ustawy o właściwą stawkę podatku VAT, z ceną brutto oferty przystępującego, wynika, że cena oferty stanowi około 40 % tej wartości.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego wyjaśniał, że w przedmiotowym postępowaniu wartość szacunkowa zamówienia określona przez zamawiającego na kwotę 25.554.258,57 zł netto została znacznie zawyżona i nie można na podstawie prostego porównania tej wartości z ceną oferty Konsorcjum INFRA wywieść jednoznacznego wniosku o zaoferowaniu przez tegoż wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wobec tego, gdyby uznać, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego została zawyżona i nie może być punktem odniesienia do oceny wartości zaproponowanej przez przystępującego w ofercie, to zdaniem Izby, punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej mogą być również ceny ofert konkurencyjnych.

Z ustaleń Izby wynika, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców. Oferta z najniższą ceną to oferta przystępującego o wartości 12.688.000 zł. brutto. Pozostałe 3 oferty wykonawców kolejno zawierają następujące ceny brutto: 16.348.000 zł. (ok. 52 % wartości szacunkowej wraz z podatkiem VAT), 16.477.282,67 zł (ok. 52 % wartości szacunkowej wraz z podatkiem VAT) oraz 19.347.000 zł. brutto (ok. 61 % wartości szacunkowej wraz z podatkiem VAT). Cena zawarta w ofercie Konsorcjum INFRA

stanowi około 65 % ceny najwyższej. Średnia cena ofert złożonych w postępowaniu ukształtowała się na poziomie ok. 16.000.000 zł brutto.

Analiza cen zaproponowanych przez wykonawców w ofertach wskazuje, że mieszczą się one w podobnym przedziale cenowym i nie odbiegają w sposób znaczący sposób od siebie. Wobec tego należy uznać, że cena zaproponowana przez przystępującego jest realną ceną rynkową, która gwarantuje prawidłową realizację przedmiotowego zamówienia publicznego. Zatem w ocenie Izby, zamawiający nie miał podstaw przypuszczać, że oferta przystępującego zawiera cenę rażąco niską, a tym samym nie był zobligowany do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Konkludując, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 46 ust. 4a, pkt 5 Rozdziału IX specyfikacji w zw. z § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach w zw. z art. 26 ust. 2 pkt 2b, art. 26 ust. 3, art. 90 ust. 1 Pzp i potwierdziła prawidłowość czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.567 zł. stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w oparciu o przedłożoną fakturę VAT.

Przewodniczący

.....

Członkowie:

.....

.....