

Sygn. akt: KIO 2144/18

WYROK

z dnia 5 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Paweł Trojan

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 31 października 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 października 2018r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Towarowa 12-14** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Łęka Opatowska z siedzibą w Łęce Opatowskiej, ul. Akacyjowa 4**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Bema 186 i S. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOMAX” z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Kard. M. Ledóchowskiego 193/1** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2144/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Towarowa 12-14 i :

2.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł. 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Towarowa 12-14 tytułem wpisu od odwołania,

2.2. Zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Towarowa 12-14 na rzecz Gminy Łęka Opatowska z siedzibą w Łęce Opatowskiej, ul. Akacyjowa 4 kwotę 3 600 zł. 00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kaliszu**.

Przewodniczący:

Członkowie: :

.....

Sygn. akt KIO 2144/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami, przepompowniami ścieków, zasilaniem energetycznym dla miejscowości Raków, Marianka Siemieńska, gm. Łęka Opatowska wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 września 2018r. za numerem 616815-N-2018.

W dniu 12 października 2018r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania w zakresie pakietu 2 i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Bema 186 i S. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOMAX” z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Kard. M. Ledóchowskiego 193/1.

W dniu 17 października 2018r. tę czynność zaskarżył odwołujący wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych „EKO-WOD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Towarowa 12-14. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 17 października

2018r. udzielonego przez prokurenta samoistnego ujawnionego w KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została zamawiającemu przekazana w dniu 17 października 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 3; art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 288 ust.3 ustawy z dnia 15 maja 2015 roku Prawo restrukturyzacyjne oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia wyraża się w fakcie, iż ze względu na zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy - Konsorcjum firm w składzie: Lider konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o. ul. Bema 186, 63-400 Ostrów Wielkopolski oraz Partner konsorcjum – S. G. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOMAX” ul. Kard. M. Ledóchowskiego 193/1, 63-400 Ostrów Wielkopolski (dalej: Konsorcjum firm), wybór oferty najkorzystniejszej dokonany został z naruszeniem zasad przewidzianych ustawą. W skutek powyższego zostaliśmy pozbawieni możliwości uznania złożonej przez nas oferty za najkorzystniejszą, co determinuje fakt zaistnienia niewątpliwej szkody. Unieważnienie podjętej przez zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert umożliwi nam uzyskanie przedmiotowego zamówienia, albowiem to oferta przez nas złożona winna zostać uznana za najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert określonych przez zamawiającego.

Wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum firm;
 - nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu zgodnie z treścią art. 186 ust 2 ustawy, odwołujący wniósł o dokonanie przez zamawiającego czynności określonych żądaniem odwołania.

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez Konsorcjum firm została podpisana przez Pana Z. W. pełniącego funkcję Prezesa Zarządu w spółce Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” Sp. z o.o. Do oferty załączone zostało również pełnomocnictwo dla Lidera Konsorcjum udzielone dnia 25 września 2018 roku podpisane przez Partnera Konsorcjum i Lidera Konsorcjum - Pana Z. W. Z treści przedłożonej przez Konsorcjum firm w dniu 10.10.2018 roku Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców ze stanem na dzień 06.09.2018 roku wynika, iż w stosunku do spółki prowadzone jest postępowanie sanacyjne i ustanowiony został Zarządca. W rubryce 7 działu 6 Krajowego Rejestru Sądowego Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierii "EKO-INŻYNIERIA" Sp. z o.o. wskazano, iż Sąd Rejonowy w Kaliszu wydał orzeczenie dotyczące postępowania sanacyjnego. Jak wynika z internetowego monitora spraw sądowych i gospodarczych postanowieniem z dnia 17.08.2017 r. Sąd Rejonowy w Kaliszu, V Wydział Gospodarczy, Sekcja do spraw Upadłościowych i Restrukturyzacyjnych, w sprawie V GR 16/17 otworzył postępowanie sanacyjne dłużnika: Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierii "EKO- INŻYNIERIA" Sp. z o.o., numer KRS 0000046232, adres: ul. Bema 186, 63-400 Ostrów Wlkp. wyznaczono sędziego komisarza w osobie SSR J. D. oraz zarządcę w osobie M. P., (numer licencji 260).

Biorąc pod uwagę postanowienie sądu odwołujący wskazał, iż wprawdzie sąd pozostawił zarząd własny dłużnikowi, jednakże stosownie do art. 288 ust. 3 ustawy z dnia 15 maja 2015 roku Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2017.1508 t.j) dłużnik może wykonywać zarząd, ale tylko i wyłącznie w zakresie nieprzekraczającym zakresu zwykłych czynności zarządu. Stosownie do w/w przepisu, jeżeli skuteczne przeprowadzenie postępowania sanacyjnego wymaga osobistego udziału dłużnika lub jego reprezentantów, a jednocześnie dają oni gwarancję należytego sprawowania zarządu, sąd może zezwolić dłużnikowi na wykonywanie zarządu nad całością lub częścią przedsiębiorstwa w zakresie nieprzekraczającym zakresu zwykłego zarządu. Sąd cofa zezwolenie w przypadku zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 239 ust. 1.

Odwołujący podniósł, iż złożenie oferty na kwotę 8 333 934,67 zł jest czynnością przekraczającą zwykły zarząd, albowiem jest to zaciągnięcie zobowiązania w postaci zawarcia ewentualnej umowy w sprawie zamówienia publicznego ze wszystkimi jej konsekwencjami, wobec powyższego, a zwłaszcza wobec treści przepisu art 288 ust.3 Prawo restrukturyzacyjne odwołujący wskazał, że oferta została złożona przez podmiot nieuprawniony, co oznacza, że jest nieważna z mocy prawa. Prezes Zarządu EKO-INŻYNIERIA nie mógł złożyć oferty, bowiem jest to czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu. Ofertę taką we wskazanej powyżej sytuacji mógł złożyć tylko zarządca masy sanacyjnej. Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 8) ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Mając na uwadze powyższe odwołujący doszedł do wniosku, iż stosownie do przepisu art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego złożenie oferty przez EKO-INŻYNIERIA reprezentowaną przez Prezesa Zarządu jest czynnością

sprzeczną z ustawą. W myśl bowiem powyższego przepisu czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

Na podstawie w/w okoliczności faktycznych i prawnych odwołujący uznał, iż podjęta przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8) ustawy w związku z art. 288 ust.3 ustawy Prawo restrukturyzacyjne oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego

Odwołujący wskazał również na potencjalne naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy w związku z art. 288 ust.3 ustawy Prawo restrukturyzacyjne przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów przez Konsorcjum firm w zakresie pełnomocnictwa do podpisania oferty.

Zgodnie z treścią Wykazu wykonanych robót budowlanych (Załącznik nr 4 do SIWZ) Konsorcjum firm wskazało w wierszu L.p. 2 budowę kanalizacji sanitarnej Niesułowice, Sławoszowice, Wałkowa, Kolonia Kobiółka za kwotę 4 949 297,21 zł w okresie od 20.02.2014 roku do 03.03.2015 roku. Zamówienie zrealizowane zostało na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” w Miliczu. Zgodnie z przedłożonym poświadczeniem z dnia 21.01.2016 roku inwestycję tą realizowało konsorcjum trzech firm w którym spółka EKO-INŻYNIERIA była wyłącznie Partnerem. Określony w SIWZ (rozdział VII punkt 1 ppkt 2) lit a) tiret pierwszy) warunek udziału w postępowaniu jest jednoznaczny - Wykonawca ma udowodnić wykonanie co najmniej dwóch robót budowlanych o wartości co najmniej 3 000 000,00 PLN brutto (każdej z nich). Przedłożone dokumenty nie dowodzą spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że skoro zamówienie realizowało aż trzech konsorcjantów, a jego wartość wynosi 4,95 mln złotych to oznacza, że któryś z konsorcjantów nie legitymuje się doświadczeniem wskazanym przez zamawiającego. Analiza samej referencji powinna, w ocenie odwołującego, doprowadzić zamawiającego chociażby do wątpliwości w zakresie potwierdzenia spełnienia przez Konsorcjum firm warunku w postaci posiadania wymaganego doświadczenia. Zamawiający, zdaniem odwołującego, winien wyjaśnić, jaki jest faktyczny zakres realizacji wskazanego zamówienia przez każdego z konsorcjantów. Celem postępowania jest wybór wykonawcy, który legitymuje się doświadczeniem i to takim, które zapewnia rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Doświadczenie takiego wykonawcy powinno być doświadczeniem realnym, a wykonawca winien wykazać faktyczny udział w realizacji takiego zamówienia, a nie tylko udział blankietowy. Na potwierdzenie powyższego odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 26 maja 2017 roku, sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17.

Wobec powyższego, a także w świetle powyżej wskazanego wyroku Konsorcjum firm nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, EKO-INŻYNIERIA bowiem nie wskazał jakie konkretne doświadczenie nabył w ramach tego konsorcjum. EKO-INŻYNIERIA składając niniejsze poświadczenie w postępowaniu powinien wykazać, jakim konkretnym doświadczeniem się legitymuje, tak, aby zamawiający mógł ocenić, czy faktycznie jego udział jako Partnera Konsorcjum pozwala na wykazanie się wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem. W tym miejscu odwołujący wskazał na wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1854/17.

Na podstawie w/w okoliczności faktycznych i prawnych odwołujący uznał, iż podjęta przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5) ustawy w powiązaniu z art. 24 ust.1 pkt 12) ustawy ze względu na fakt, iż Konsorcjum firm nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej, gdyby Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu odwołujący wskazał na naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczeń Konsorcjum firm w zakresie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie w/w warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w SIWZ wskazał w rozdziale VII warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków. W rozdziale VII, punkt 1 ppkt 2) lit. b) tiret pierwszy, SIWZ wskazany jest m.in. warunek udziału w postępowaniu polegający na konieczności dysponowania osobą pełniącą samodzielne funkcje w budownictwie która posiada udokumentowane cyt.: „minimum 5 letnie doświadczenie jako kierownik robót budowlanych.” Osoba ta winna posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych. Konsorcjum firm w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ) wskazał w wierszu L.p. 1. tabeli Pana S. G. (Kierownik budowy/robót) jako osobę spełniającą warunki udziału w postępowaniu. Treść przedmiotowego oświadczenia nie dokumentuje spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, gdyż wskazanie doświadczenia zawodowego liczonego po prostu od daty uzyskania uprawnień budowlanych nie jest tożsame z minimum 5 letnim doświadczeniem jako kierownik robót budowlanych. Sam upływ czasu od uzyskania uprawnień budowlanych nie stanowi o posiadaniu jakiegokolwiek doświadczenia w wykonywaniu obowiązków kierownika robót budowlanych.

W rozdziale VII, punkt 1 ppkt 2) lit. b) tiret drugi, SIWZ wskazany jest m.in. warunek udziału w postępowaniu w postaci udokumentowania wykazania cyt.: „minimum 3 letnie doświadczenie jako kierownik robót budowlanych. ” dla osoby

posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane w specjalności drogowej. Konsorcjum firm w Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ) wskazał w wierszu Lp. 2. tabeli Pana M. W. (Kierownik robót drogowych) jako osobę spełniającą warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VII, punkt 1 pkt 2) lit. b) tiret drugi SIWZ. Treść przedmiotowego oświadczenia nie dokumentuje spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, gdyż:

a) wskazanie doświadczenia zawodowego liczonego po prostu od daty uzyskania uprawnień budowlanych nie jest tożsame z minimum 3 letnim doświadczeniem jako kierownik robót budowlanych. Sam upływ czasu od uzyskania uprawnień budowlanych nie stanowi o posiadaniu jakiegokolwiek doświadczenia w wykonywaniu obowiązków kierownika robót budowlanych.

b) brak jest udokumentowania posiadania przez Pana M. W. uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, albowiem brak jest stosownej opinii Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa potwierdzającej spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał udowodnienia posiadania uprawnień budowlanych bez ograniczeń. Zgodnie z obowiązującymi aktualnie przepisami prawa w tym zakresie. W związku z rozbieżnością na przestrzeni lat zakresu uprawnień budowlanych, powołana została instytucja opiniująca zakres obowiązywania poszczególnych uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie. Zgodnie z ustawą z dnia 15 grudnia 2000 r. o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów w przypadkach wątpliwości co do treści decyzji o nadaniu uprawnień budowlanych Polska Izba Inżynierów Budownictwa wydaje opinie na temat zakresu obowiązywania tych uprawnień na żądanie uprawnionej strony postępowania w trybie art. 113 § 2 Kpa - szczegółowe zasady udzielania wyjaśnień znajdują się na stronie internetowej PUB pod adresem:

https://www.piib.org.PL/?option=com_content&task=view&id=453&Itemid=154.

Ciężar udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu leży po stronie Konsorcjum firm, w związku z zaistniałą wątpliwością, Konsorcjum Firm powinno złożyć do oferty stosowną opinię Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa w zakresie potwierdzenia lub negacji posiadania uprawnień bez ograniczeń wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

W rozdziale VII, punkt 1 pkt 2) lit. b) tiret trzeci, SIWZ wskazany jest m.in. warunek udziału w postępowaniu w postaci udokumentowania wykazania cyt.: „minimum 3 letnie doświadczenie jako kierownik robót budowlanych.” dla osoby posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi cyt.: „bez ograniczeń w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane” w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych. Konsorcjum firm Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (Załącznik nr 5 do SIWZ) wskazał w wierszu Lp. 3. tabeli Pana H. W. (Kierownik robót elektrycznych) jako osobę spełniającą warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale VII, punkt 1 pkt 2) lit. b) tiret trzeci SIWZ. Treść przedmiotowego oświadczenia nie dokumentuje spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu, gdyż:

a) wskazanie doświadczenia zawodowego liczonego po prostu od daty uzyskania uprawnień budowlanych nie jest tożsame z minimum 3 letnim doświadczeniem jako kierownik robót budowlanych. Sam upływ czasu od uzyskania uprawnień budowlanych nie stanowi o posiadaniu jakiegokolwiek doświadczenia w wykonywaniu obowiązków kierownika robót budowlanych.

b) brak udokumentowania posiadania przez Pana H. W. uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi w zakresie sieci. Zgodnie z zamieszczonymi wyjaśnieniami na stronie internetowej Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa pod adresem:

https://www.piib.org.pl/?option=com_content&task=view&id=1861&Itemid=154. cyt. fragm.: „Pierwotne brzmienie §13 ust 1 pkt 4 lit d) wskazuje, że w specjalności „elektrycznej” uprawnienia budowlane nadawane były wyłącznie do instalacji. Pod pojęciem tym mieściły się na równi instalacje i dopisane w 1988 roku do rozporządzenia, sieci elektryczne. W tym przypadku szczególnego znaczenia nabiera brzmienie cytowanego na wstępie § 1 rozporządzenia. Jedynie zakres praktyki zawodowej, dokumentowej przez osobę ubiegającą się o nadanie uprawnień budowlanych. decydował o tym, czy uprawnienia obejmują instalacje, sieci czy łącznie instalacje i sieci elektryczne, Jeżeli w decyzji o stwierdzeniu posiadania przygotowania zawodowego nie zawarto ograniczenia zakresu uprawnień wynikającego z zakresu odbytej praktyki zawodowej, w przypadku osób z wykształceniem wyższym, uprawnienia obejmują pełny zakres specjalności w brzmieniu określonym po zmianie przepisów w tym zakresie wprowadzonej w 1988 roku.”

c) brak udokumentowania posiadania przez Pana H. W. uprawnień budowlanych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, brak również stosownej opinii Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa potwierdzającej spełnienie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Odwolujący uznał, iż podjęta przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie art.

89 ust.1 pkt 5) ustawy ze względu na fakt, iż Konsorcjum firm nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z ostrożności procesowej, odwołujący wskazał na naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczeń Konsorcjum firm w zakresie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie w/w warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 19 października 2018r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 października 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Bema 186 i S. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOMAX” z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Kard. M. Ledóchowskiego 193/1 – dalej przystępujący wskazując, że złożyli ofertę prawidłową, która została wybrana jako ważna i najkorzystniejsza i to przystępującemu przysługuje zamówienie publiczne w celu wypracowania zysku. Wnieśli o oddalenie odwołania w całości. Odnosząc się do zarzutów odwołania przystępujący podnieśli, że zgodnie z postanowieniem Sądu Rejonowego w Kaliszu z dnia 17 sierpnia 2017r. sygn. akt V GR 16/17 zarząd spółką pozostawiono Liderowi Konsorcjum. Tym samym Prezes zarządu był władny do podpisania i złożenia oferty w imieniu spółki, a także czynność złożenia oferty mieści się w ramach zwykłych czynności zarządu spółki i nie jest wymagana zgoda zarządcy sądowego. W dniu 17 sierpnia 2018r. tenże Sąd wydał postanowienie o zatwierdzeniu układu Lidera Konsorcjum z wierzycielami i to postanowienie przywraca pełną władzę zarządu spółki do zaciągania zobowiązań bez ograniczeń i zgody zarządcy sądowego. Przystępujący nie kwestionuje, że wykazał doświadczenie zawodowe nabyte w ramach innego konsorcjum, jednakże przedstawił realizację, w której Lider Konsorcjum wykonał największy jej zakres czyli roboty budowlane na kwotę ponad 3 mln zł. Również zarzut braku odpowiednich uprawnień budowlanych przez kierowników robót drogowych – M. W., robót elektrycznych – H. W. jest bezzasadny, gdyż osoby te uzyskały swoje uprawnienia przed 1995r., kiedy nie było podziału na uprawnienia nieograniczone i ograniczone, a lata ich doświadczeń w pracy w kierowaniu wymaganymi robotami są aż nadto wystarczające, aby te osoby mogły kierować dowolnymi robotami, w tym określonymi w przedmiocie zamówienia. Przystąpienie zostało podpisane przez Prezesa zarządu Lidera Konsorcjum i przez S. G. właściciela firmy Partnera Konsorcjum. Do zgłoszenia załączono dowody przekazania kopii zgłoszenia za pośrednictwem operatora pocztowego w dniu 22 października 2018r.

Odwołujący w dniu 30 października 2018r. wniósł pismo procesowe, w którym podtrzymał dotychczasowe stanowisko i ponad odwołanie podniósł, że przy analizie czy dana czynność mieści się w pojęciu czynności zwykłego zarządu należy wziąć pod uwagę, że zamówienie publiczne byłoby realizowane za pomocą środków wchodzących w skład mady sanacyjnej, a ta jest zarządzana przez zarządcę, co oznacza, że ofertę w imieniu EKO-INŻYNIERII powinien podpisać zarządca w imieniu własnym jako zarządzający na rachunek PBI Eko-Inżynieria w restrukturyzacji. Nadto inna jest sytuacja przedsiębiorcy znajdującego się w toku postępowania sanacyjnego, a inna przedsiębiorcy wobec, którego takiego postępowania nie otwarto. Co więcej Izba powinna wziąć pod uwagę, że w ramach czynności zwykłego zarządu mieści się wykonywanie czynności zachowawczych lub mających na celu przysporzenie majątkowe, a nie podejmowanie nowych czynności obarczonych znacznym ryzykiem, jakim jest złożenie oferty na wynagrodzenie ryczałtowe w przedmiotowym postępowaniu. W zakresie doświadczenia osób, odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, że zamawiający oczekiwał podania ilości lat pełnienia określonych funkcji na danej robocie, a nie czasu posiadania uprawnień, a także podtrzymał swoje stanowisko, że osoba ze średnim wykształceniem technicznym nabyła uprawnienia ograniczone, a zatem nie mogła legitymować się uprawnieniami bez ograniczeń, czym wprowadzono zamawiającego w błąd. W zakresie doświadczenia przystępującego nabytego w ramach konsorcjum, odwołujący podniósł, że przystępujący był tylko członkiem konsorcjum i nie realizował całego zamówienia i nie odpowiadał za cały jego zakres.

Na posiedzeniu w dniu 31 października 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

- 1.jego odrzucenie z powodu braku interesu w uzyskaniu zamówienia i niemożliwości poniesienia szkody, gdyż cena oferty odwołującego przekracza znacząco możliwości zamawiającego, który częściowo korzysta z promesy pożyczki z WFOŚiGW w Poznaniu. Brak zawarcia umowy do 16 listopada 2018r. spowoduje utratę środków obiecanych w ramach promesy, a zamawiający nie ma możliwości zwiększenia środków własnych do wartości wskazanej w ofercie odwołującego, co powoduje, że zamówienie nie zostanie realizowane, a odwołanie zmierza nie do uzyskania zamówienia, ale do unieważnienia postępowania
- 2.oddalenie odwołania, dopuszczenie powołanych dowodów i zasądzenie kosztów postępowania na rzecz zamawiającego od odwołującego w tym kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z rachunkiem. Zamawiający w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy tj. zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez podmiot nieuprawniony, podniósł, że odwołujący nie udowodnił twierdzenia, iż złożenie tej oferty stanowi dla PBI Eko-Inżynieria przekroczenie granic zwykłego zarządu, a Sąd otwierając postępowanie sanacyjne pozostawił PBI Eko-Inżynieria zarząd własny. W ocenie zamawiającego w tym zakresie spór

wkracza w granice kognicji sędziowskiej i zamawiający nie mają podstaw do badania tych kwestii. Ustawodawca nawet wśród przesłanek fakultatywnych wykluczenia nie przewidział otwarcia postępowania sanacyjnego. W dalszej kolejności podniósł, że zarzut zaniechania wykluczenia nie został wykazany i nie koresponduje z nim żadne żądanie. W zakresie doświadczenia konsorcjum zamawiający podniósł, że nie wymagał, aby doświadczenie nabyte w konsorcjum ograniczało się wyłącznie do czynności faktycznie wykonanych, z przedstawionych referencji wynika, że PBI Eko-Inżynieria brał udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum, o czym świadczą także pozostałe trzy referencje, które wskazują, że PBI Eko-Inżynieria potrafi zarządzać kontraktami tak samodzielnie jak i w ramach konsorcjum. W zakresie doświadczenia kadry, to zamawiający podniósł, że doświadczenie życiowe wskazuje, że uzyskanie uprawnień do kierowania robotami budowlanymi pokrywa się z rozpoczęciem wykonywania tych funkcji, tym samym wykazane doświadczenie od 17 do 24 lat w ocenie zamawiającego jest wystarczające dla wykazania spełniania warunku udziału. W ocenie zamawiającego odwołujący próbuje doprowadzić do sytuacji, w której zamawiający miałby żądać dokumentów nie wynikających z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (...) tj. opinii samorządu zawodowego.

W dniu posiedzenia tj. 31 października 2018r. przystępujący także złożyli pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W zakresie pierwszego z zarzutów odwołania podniósł, że brak jest definicji czynności zwykłego zarządu, ale w jego ocenie jest to działanie niezbędne do normalnego niezakłóconego działania spółki, jak wykonanie usługi wchodzącej w zakres normalnej działalności gospodarczej jednostki lub innej czynności praktykowanej w normalnym toku działalności. Samo złożenie oferty jest oświadczeniem woli, ale nie zaciągnięciem zobowiązania, a od momentu zatwierdzenia układu PBI Eko-Inżynieria odzyskał pełen zarząd spółką bez zgody zarządcy sądowego. W zakresie doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum przystępujący podnieśli, że PBI Eko-Energetyka wykonała roboty na łączną kwotę 3 154 858,78zł., co potwierdzono fakturami od lidera na rzecz członka konsorcjum, a więc PBI Eko-Energetyka wykazał samodzielną realizację zamówienia o wymaganej przez zamawiającego wartości. W zakresie uprawnień budowlanych, to przystępujący podnieśli wskazując na zmiany przepisów dotyczących pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie, że przed 1995 rokiem nie można było porównywać nabytych uprawnień z uprawnieniami obecnym ograniczonymi lub nie, gdyż zakresy przedmiotowe uprawnień są nieporównywalne, tym samym użyte przez zamawiającego sformułowanie „bez ograniczeń” należy rozpatrywać w kontekście przedmiotu zamówienia jaki ma być zrealizowany, gdyż inne rozumienie tego warunku ograniczałoby dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym je wykonać.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami w tym dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia, oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO-INŻYNIERIA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Bema 186 i S. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOMAX” z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, ul. Kard. M. Ledóchowskiego 193/1, kierowanych do tego wykonawcy wezwań i udzielonych odpowiedzi, informacji o wyniku postępowania, odpisu z KRS dla Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierii "EKO- INŻYNIERIA" sp. z o.o., postanowienia SR w Kaliszu z dnia 17 sierpnia 2017r. sygn.. akt V GR 16/17 i postanowienia tego Sądu z dnia 17 sierpnia 2018r. sygn. akt V GRs 4/17, oświadczenia J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. S. z siedzibą w Zdunach, ul. Polna 28 z dnia 25 września 2018r., umowy konsorcjum z dnia 23 stycznia 2013r., korespondencji elektronicznej pomiędzy odwołującym a PGK „Dolina Baryczy” sp. z o.o. z okresu 17 – 23 października 2018r., załącznika nr 5 do siwz załączonego przez przystępujących na wezwanie zamawiającego z decyzją nr UAN – 8386/88/86, oświadczenia zamawiającego z dnia 25 października 2018r., pisma WFOŚiGW w Poznaniu z dnia 28 czerwca 2018r. znak nr WFOS-II-DPI-KZA/400/154/2018, pisma zamawiającego do WFOŚiGW w Poznaniu z dnia 18 października 2018r., pisma WFOŚiGW z dnia 25 października 2018r. znak WFOS-II-DPI-KZA/400/154/2018, faktur nr 109/P/2014, nr 184/P/2014, 41/P/2015, 77/P/2015, 141/P/2015, tekstu jednolitego umowy spółki sp. z o.o. PBI Eko-Inżynieria w Ostrowie Wielkopolskim, dowodu z zeznań świadka i przesłuchania prezesa zarządu PBI Eko-Inżynieria w charakterze uczestnika postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że zamawiający postawił w zakresie spornym następujące wymagania:

VII. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków

2) Zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawca spełni ten warunek jeśli udokumentuje wykonanie zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie:

- przynajmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie sieci kanalizacji sanitarnej o wartości zadania co najmniej 3 000 000,00 PLN brutto dla każdego z nich (w przypadku wykazania się doświadczeniem opartym na umowie zawartej w innej walucie, zamawiający do przy ocenie spełnienia warunku udziału dokona przeliczenia w/w kwoty wg średniego kursu walut publikowanego na stronie internetowej NBP z dnia ogłoszenia niniejszego przetargu w BZP),
- przynajmniej dwóch robót budowlanych polegających na budowie, rozbudowie lub przebudowie drogi, o wartości zadania co najmniej 500 000,00 PLN brutto (w przypadku wykazania się doświadczeniem opartym na umowie zawartej w innej walucie, zamawiający do przy ocenie spełnienia warunku udziału dokona przeliczenia w/w kwoty wg średniego kursu walut publikowanego na stronie internetowej NBP z dnia ogłoszenia niniejszego przetargu w BZP) wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonywania.

Należy załączyć dowody określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujący, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ,

Dowodami w niniejszym postępowaniu, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Przy ocenie spełniania tego warunku udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wielkości stanowiące o spełnianiu warunku, tj. liczba robót budowlanych, będą zsumowane z dokumentów składanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

b) Wykonawca spełni ten warunek jeśli udokumentuje, że dysponuje wykwalifikowaną kadrą, niezbędną do kierowania robotami będącymi przedmiotem zamówienia. Osoby wyznaczone do kierowania robotami w poszczególnych branżach muszą posiadać wymagane uprawnienia i doświadczenie w kierowaniu robotami w swojej branży, tj.:

- osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, oraz minimum 5 letnie doświadczenie jako kierownik robót budowlanych,
- osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane w specjalności drogowej oraz minimum 3 letnie doświadczenie jako kierownik robót budowlanych,
- osoba posiadająca uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia oraz minimum 3 letnie doświadczenie jako kierownik robót budowlanych,

Należy podać informacje na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami z wykorzystaniem wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ, (w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wyżej wymieniony dokument wykonawcy składają wspólnie).

Uprawnienia, o których mowa wyżej winny być zgodne z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 24 września 2014 r., poz. 1278) lub innych wcześniej obowiązujących przepisów.

11. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 4, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 4.

12. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

X. Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej na podstawie art. 26 ust. 2.

1. Zamawiający wezwie wykonawcę, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na

dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów:

1) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt I ustawy

a) Wykaz robót budowlanych (załącznik nr 4 do SIWZ) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — inne dokumenty,

b) Wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (załącznik nr 5 do SIWZ).

XI. Inne dokumenty, które wszyscy wykonawcy muszą złożyć w ofercie:

Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty

1) Wypełniony druk „Formularz ofertowy”- załącznik nr 1 do SIWZ. Upoważnienie osób podpisujących ofertę musi bezpośrednio wynikać z dokumentów dołączonych do oferty. Oznacza to, że jeżeli upoważnienie takie nie wynika wprost z dokumentu stwierdzającego status prawny wykonawcy, to do oferty należy dołączyć stosowne pełnomocnictwo w formie oryginału lub kserokopii potwierdzonej notarialnie,

2) Dokument potwierdzający wniesienie wadium,

3) Pełnomocnictwo ustanowione do reprezentowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego (jeżeli dotyczy). Pełnomocnictwo należy dołączyć w oryginale bądź kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem notarialnie,

4) Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu- załącznik nr 3 do SIWZ,

5) Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu- załącznik nr 2 do SIWZ,

6) Zobowiązanie podmiotu trzeciego- załącznik nr 7 do SIWZ. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Z dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia w zakresie branży elektrycznej wynika, że dotyczy miejsca dostarczanej energii elektrycznej: zaciski prądowe na ostatniej listwie zaciskowej w złączu w kierunku instalacji odbiorcy:

- z warunków przyłączenia z dnia 15 grudnia 2016r. nr P/16/060375 wynika, że dotyczy urządzeń niskiego napięcia – pt. 7.1.3. – wykonać przyłączy elektroenergetyczne 0,4 kV kablem typu YAKXs min. 35 mm². Z pkt 10.1 wynika, że warunki dotyczą sieci o napięciu do 1kV i nie dotyczą sieci o napięciu powyżej 1 kV.

- z projektu budowlano-wykonawczego z lutego 2017r. wynika, że dotyczy kablowych linii zasilających 0,4 kV zasilających poszczególne przepompownie ścieków P1-P6 i oświetlenia zewnętrznego przy poszczególnych przepompowniach.

Z oferty przystępujących str. 2 formularza ofertowego wynika, że przystępujący zamierzają korzystać z podwykonawstwa w tym m. in. z usług H. W. jako kierownika robót elektrycznych. Formularz ofertowy na str. 4 podpisał Z. W. jako prezes zarządu „Eko-Inżynieria” sp. z o.o. w sanacji. Do oferty załączono pełnomocnictwo dla Z. W. reprezentującego Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „Eko-Inżynieria” sp. z o.o. udzielone przez partnera do m. in. podpisania i złożenia wspólnej oferty. Do oferty dołączono również zobowiązania H. W. do oddania przystępującym zasobów zdolności technicznych i zawodowych na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu jako kierownik robót elektrycznych, które następnie w toku realizacji zamówienia wykona.

W dniu 4 października 2018r. zamawiający pozyskał ustną opinię mec. J. M., że fakt iż Eko-Inżynieria sp. z o.o. znajduje się w sanacji nie stanowi przesłanki do wykluczenia przystępujących z postępowania.

W dniu 9 października 2018r. zamawiający pozyskał opinię radcy prawnego, że otwarcie postępowania sanacyjnego nie stanowi podstawy z art. 24 ust. 5 pkt 1 w związku z art. 332 ust. 1 ustawy restrukturyzacyjnej.

W dniu 4 października 2018r. zamawiający wystosował do przystępujących wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy wzywając do złożenia następujących dokumentów:

a) wykazu robót budowlanych,

b) wykazu osób,

c) informacji o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, braku podstaw wykluczenia:

- a) zaświadczenia o braku zaległości podatkowych,
- b) zaświadczenia o braku zaległości w opłaceniu składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne,
- c) odpisu z właściwego rejestru w celu wykazania braku postaw wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy

nadto harmonogramu z podziałem na poszczególne etapy realizacji zamówienia

W dniu 10 października 2018r. przystępujący odpowiedzieli na wezwanie składając:

a) wykaz robót budowlanych, w którym wskazali następujące doświadczenie:

1. kanalizację sanitarną Oborniki Śląskie o wartości 13 459 277,13zł. realizowaną w okresie od 5 maja 2014r. do 14 grudnia 2015 dla Gminy Oborniki Śląskie
2. kanalizację sanitarną Niesułowice Wałkowa, Kolonia Kobiółka o wartości 4 949 297,21zł. realizowaną w okresie od 20 lutego 2014 do 3 marca 2015r. dla Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy” w Miliczu
3. roboty drogowe Bieniów, Myślniew o wartości 1 661 300,14zł. w okresie od 11 października 2016 – 30 listopada 2016r. dla Urzędu Gminy Kobyla Góra
4. roboty drogowe Kobyla Góra Myślniew, Kuźnica Myślniewska na kwotę 1 499 975,90 w okresie 27 stycznia 2017 – 9 maja 2017 dla Gminy Kobyla Góra.

W zakresie spornym tj. poz. 2 wykazu przystępujący przedstawili poświadczenie z dnia 21 stycznia 2016r. Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej „Dolina Baryczy”, z którego wynika, że kanalizację sanitarną wykonało konsorcjum firm J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. S. z siedzibą w Zdunach, Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „Eko-Inżynieria” sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, i Zakład Górniczy „Hydrowiert” s.c. Fitzner&Fitzner z siedzibą w Miliczu. Wartość robót wyniosła 4 949 297,21zł. brutto.

b) Wykaz osób, w którym wskazano:

1. S. G. jako wykonawcę z 21 letnim doświadczeniem nr uprawnień UAN – 7342/3/97 nr dec. 1/97 uprawnia do budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i gazowych bez ograniczeń jako kierownika budowy – robót
2. M. W. jako wykonawcę z 24 letnim doświadczeniem nr uprawnień UAN – 7342-94/93 jako kierownika budowy i robót specjalności konstrukcyjno – inżynierskiej w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych, obejmującej również typowe przepusty i mosty jako kierownika robót drogowych,
3. H. W. jako osobę udostępnioną z 23 letnim doświadczeniem nr uprawnień UAN 8386/88/8c kierownika budowy i robót specjalności inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych jako kierownika robót elektrycznych,
4. G. G. jako osobę udostępnioną z 17 letnim doświadczeniem legitymującą się dyplomem ukończenia studiów 8047, ukończone wyższe studia magisterskie na kierunku archeologia – do prac archeologicznych.

Do wykazu dołączono zobowiązania wyżej wymienionych osób do osobistego wykonania czynności.

Dla S. G. załączono decyzję z 16 czerwca 1997r. nr 1/97 i uprawnienia UAN 7342/3/97 wskazujące na uprawnienia bez ograniczeń oraz zaświadczenie o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej. Dla M. W. załączono decyzję z 21 lutego 1994 i uprawnienia UAN 7342-94/97 w specjalności konstrukcyjno- inżynierskiej w zakresie dróg i nawierzchni lotniskowych, obejmujących również typowe przepusty i mosty. Załączono zaświadczenie o posiadaniu ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Dla H. W. załączono decyzję UAN 8386/88/8c wskazującą na stanowisko technika elektryka jako kierownika budowy i robót specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i budownictwie osób fizycznych także o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych i schematach technicznych wraz z zaświadczeniem o podleganiu ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej.

Przystępujący przedłożyli do przystąpienia :

1. Oświadczenie J. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S. J. S. z siedzibą w Zdunach, z której wynika, że przy budowie kanalizacji sanitarnej w zlewni O.Ś. Milicz – część II (miejscowości Niesułowice, Sławoszowice, Wałkowa i Kolonia Kobiółka PBI Eko-Inżynieria wykonała roboty na kwotę 3 154 858,78zł. brutto.
2. Z postanowienia z dnia 17 sierpnia 2017r. w sprawie sygn. akt V GR 16/17 wynika, że Sąd Rejonowy w Kaliszu postanowił otworzyć postępowanie sanacyjne PBI Eko-Inżynieria, pozostawić zarząd własny dłużnikowi, wyznaczyć sędziego – komisarze w osobie SSR J. D., oraz zarządcę w osobie M. P. oraz ustalić jurysdykcję polską.
3. Z postanowienia z dnia 17 sierpnia 2018r. w sprawie sygn.. akt V GRs 4/17 wynika, że Sąd Rejonowy w Kaliszu zatwierdził układ przyjęty przez wierzycieli dłużnika PBI Eko-Inżynieria.

Z odpisu KRS Przedsiębiorstwa Budownictwa Inżynierii "EKO- INŻYNIERIA" wynika, że prezes zarządu Z. W. może

reprezentować spółkę samodzielnie oraz, że Sąd Rejonowy w Kaliszu Wydział V Gospodarczy wszczął postępowanie sanacyjne w dniu 17 sierpnia 2017r. sygn. akt V GR 16/17 i ustanowił zarządcą M. P.

Z umowy konsorcjum z dnia 23 grudnia 2013r. wynika, że przedmiotem umowy była realizacja wspólnego przedsięwzięcia budowy sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz część II dla miejscowości Niesułowice, Sławoszewice, Wałkowa i Kolonia Kobiałka. Liderem konsorcjum była firma J. S. Lider był odpowiedzialny za realizację zadania, w tym płatności. Miał dokonywać rozliczeń z partnerami na podstawie faktur lub not obciążeniowych. Strony ustaliły podział prac taki, że na PBI Eko-Inżyniera miał przypadać 34% zakresu robót, przy czym szczegółowy zakres robót dla poszczególnych stron konsorcjum miał zostać ustalony w terminie 30 dni po przedstawieniu zamawiającemu szczegółowego harmonogramu realizacji kontraktu. Strony ustaliły, że płatności od zamawiającego będą dokonywane na konto lidera konsorcjum, a ten dokona płatności należnych części wynagrodzenia partnerów w terminie 3 dni od dnia otrzymania płatności od zamawiającego. Za wykonane roboty partner konsorcjum będzie wystawiał faktury liderowi konsorcjum. Wszelkie zmiany postanowień tej umowy wymagały formy pisemnej aneksu do umowy pod rygorem nieważności.

Z korespondencji elektronicznej wynika, że odwołujący pytał zamawiającego PGK „Dolina Baryczy” jaką część wartościowo realizowała firma PBI Eko-Inżyniera jako partner konsorcjum zadania budowy sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz część II dla miejscowości Niesułowice, Sławoszewice, Wałkowa i Kolonia Kobiałka. Odwołujący na tak postawione pytanie otrzymał odpowiedź, że zamawiający nie jest w stanie określić zakresu robót, który został zrealizowany przez partnera konsorcjum PBI Eko-Inżyniera. Umowa przewidywała obowiązek określenia części zamówienia, które będą wykonywać podwykonawcy. W kolejnym zapytaniu odwołujący chciał wiedzieć, czy umowa konsorcjum wskazywała 34% zakresu rzeczowego czy też wartości zamówienia. Z uwagi na zapisy wymogów przetargów w zakresie wykazywania się określoną kwotą weryfikacja dokonywana jest pod kątem wartości zrealizowanej części zamówienia. Czy jest możliwość odniesienia tych 34% zakresu rzeczowego do wartości umowy. Czy odwołujący może uzyskać skan umowy konsorcjum. Zamawiający PGK „Dolina Baryczy” wskazał, że w treści zawartej pomiędzy członkami konsorcjum umowy strony ustaliły następujący podział prac – PBI Eko-Inżyniera – 34% zakresu robót. Zamawiający nie wymagał ewidencji ani nie weryfikował który konkretnie etap robót był realizowany przez poszczególnych członków konsorcjum. Wszystkie dokumenty tworzone przez konsorcjum były podpisywane przez lidera. W opinii zamawiającego postanowienia umowy konsorcjum należałoby rozpatrywać w kontekście zakresu rzeczowego. Jednocześnie z uwagi na niewskazania w umowie konsorcjum konkretnych etapów robót, wartość zakresu robót określona na poziomie 34% należy odnieść do tego samego poziomu wartości umowy.

- z załącznika nr 5 do siwz oraz uprawnień budowlanych nr UAN – 8386/88/86 wynikają treści ustalone przez Izbę na podstawie dokumentacji złożonej przez zamawiającego.

Dowody złożone do odpowiedzi na odwołanie pozwalają na ustalenie, że zamawiający zamierzał realizować przedmiotowe zamówienie w łącznej wysokości 9 300 000zł., w tym w 2018r. w wysokości 3 800 000zł., a w 2019 w wysokości 5 500 000zł., przy czym zadanie inwestycyjne zostało wprowadzone do budżetu zamawiającego po otrzymaniu promesy pożyczki WFOŚiGW w Poznaniu na kwotę 6 338 178zł. Zamawiający oświadczył, że nie ma możliwości zwiększenia tych środków.

Z pisma WFOŚiGW w Poznaniu do zamawiającego i zamawiającego do WFOŚiGW wynika, że WFOŚiGW w Poznaniu planował pomoc finansową ze środków własnych w formie pożyczki zwrotnej w całości na wsparcie przedmiotowego zamówienia ogółem do kwoty 6 338 178, 00zł. z tego do realizacji w 2018r. 3 000 000zł. przy czym zamawiający miał przedłożyć wymagane do uzyskania pożyczki dokumenty, w tym umowę z wykonawcą zamówienia do 20 lipca 2018r., a promesa traci swoją ważność najpóźniej w dniu 31 grudnia 2018r. Zamawiający przesunął termin przekazania dokumentów co najmniej 2 razy do dnia 19 października 2018r., a następnie pismem z dnia 18 października 2018r. do dnia 16 listopada 2018r., co zaakceptował WFOŚiGW, wskazując jednocześnie, że w związku z harmonogramem prac Rady Nadzorczej złożenie kompletu dokumentów w tym terminie może skutkować brakiem przyznania pomocy finansowej i nie podpisaniem umowy na powyższe przedsięwzięcia w 2018r. Zalecono rozważenia przesunięcia terminu realizacji przedsięwzięcia na rok 2019.

Z dowodów przystępującego Izba ustaliła, co następuje :

- faktury są wystawione pomiędzy PBI Eko-Inżyniera jako sprzedawcą, a S. jako nabywcą i wszystkie dotyczą budowy sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz część II dla miejscowości Niesułowice, Sławoszewice, Wałkowa i Kolonia Kobiałka

- faktura VAT nr 109/P/2014 z 5 sierpnia 2014r. na kwotę 738 087, 33zł.

- faktura VAT184/P/2014 z 31 października 2014 na kwotę 782 748,47zł.

- faktura VAT nr 41/P/2015 z 16 marca 2015 na kwotę 358 127,87zł.

- faktura VAT nr 77/P/2015 z dnia 30 kwietnia 2015r. na kwotę 891 750,00zł.

- Faktura VAT nr141/P/2015 z dnia 31 lipca 2015r. na kwotę 384 145,11zł.

Z tekstu jednolitego umowy spółki par. 17 lit. b tiret 2 wynika, że każdy członek zarządu może prowadzić bez uprzedniej uchwały zarządu sprawy nie przekraczające zwykłych czynności zarządu, zgodnie z posiadanym pełnomocnictwem.

Na podstawie zeznań świadka P. W. i przesłuchania uczestnika postępowania w osobie prezesa zarządu PBI Eko-Inżynieria, Izba ustaliła, że PBI Eko-Inżynieria zajmuje się budową kanalizacji sanitarnych, deszczowych i robotami drogowymi w tym przepompowniami i oczyszczalniami ścieków. Swoją działalność realizuje przede wszystkim przez udział w postępowaniach przetargowych, a także przez przygotowywanie ofert dla dużych wykonawców, takich jak Strabag, Skanska jako podwykonawcy. W okresie ostatnich 5 lat wykonała kilka dużych zamówień około 8 – 10 mln zł. np Miejska Górka, Oborniki Śląskie, jedno ze zleceń dla Milicza, budowa S8 na odcinku Walichnowy- węzeł Sieradz, obiekt dla zakładu energetycznego w Groszowicach, obwodnica Nysy. Wobec firmy toczy się od 17 sierpnia 2017 r. postępowanie sanacyjne, które jeszcze się nie zakończyło. Mimo trwania tego postępowania, normalnie realizowane są zlecenia, pozyskiwane są nowe, zatrudniani i pozyskiwani są pracownicy. Pani M. P. jest ustanowiona zarządcą. Zarządca ani sędzia komisarz raczej nie ingerują w sprawy zarządu. Współpraca z zarządcą ograniczyła się do wystosowywania w imieniu zarządcy pism do dłużników spółki, a wobec sądu do co miesięcznych sprawozdań obejmujących m. in. na temat realizowanego portfela zamówień. Nie było przypadku kwestionowania możliwości składania ofert czy zawarcia umów tak przez zarządcę jak i sędziego komisarza, nie była to podstawa do odrzucenia oferty PBI Eko-Inżynieria w innych postępowaniach przetargowych. Firma mogła kupować, ale nie mogła sprzedawać środków trwałych.

Cały czas dłużnik mógł korzystać z tego, czym dysponuje. Od momentu zatwierdzenia układu

Jest nadzorca sądowy, a nie zarządca.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne o których mowa w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania. Izba postanowiła oddalić wniosek zamawiającego poparty przez przystępujących o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 2 ustawy oparty o twierdzenie zamawiającego, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony, gdyż nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia i możliwości poniesienia szkody. Izba oddalając wniosek wskazuje, że pod pojęciem podmiotu nieuprawnionego należy rozumieć podmiot nie będący wykonawcą lub uczestnikiem konkursu uprawnionym do wniesienia odwołania. Może to być pełnomocnik, który nie wykazał umocowania wykonawcy, partner konsorcjum działający w imieniu własnym, podwykonawca, który nie składał oferty, czy też wykonawca ostatecznie wykluczony lub odrzucony, który utracił szansę na uzyskanie zamówienia. Natomiast przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy to jest interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, jest przesłanką merytoryczną dopuszczalności wniesienia odwołania i podlega rozpoznaniu jako element oceny merytorycznej odwołania na etapie rozprawy. Brak interesu lub szkody może być przesłanką oddalenia odwołania, ale nie jego odrzucenia. Tym samym Izba nie dopatrzyła się podstaw odrzucenia odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z możliwym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy. W ocenie Izby odwołujący w dacie wnoszenia odwołania miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż nie był mu znany ani sposób finansowania zamówienia, ani brak możliwości podwyższenia środków finansowych przez zamawiającego, ani także to, że środki mogą nie być przyznane na rok 2018 w przypadku niepodpisania umowy do 16 listopada 2018r. Izba wzięła pod uwagę także to, że terminy przekazania WFOŚiGW dokumentów nie były restrykcyjnie przez udzielającego promesę przestrzegane i zezwalał on na wydłużenie tego terminu. Nie jest także pewna utrata środków z promesy, gdyż WFOŚiGW zalecał jedynie rozważenie możliwości przesunięcia przedsięwzięcia na rok 2019, co nie daje podstaw do przyjęcia, że promesa przepadłaby zamawiającemu, a zamówienie w bliższej dającej się określić perspektywie czasowej nie mogłoby zostać zrealizowane. Istnienie interesu jest przesłanką dopuszczalności odwołania, a więc badane jest na datę jego wniesienia, tym samym w ocenie Izby brak było podstaw do oddalenia odwołania z powodu nie wykazania przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy. Izba podziela w tym zakresie pogląd wypracowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zgodnie z którym pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, odnosi się nie do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale do możliwości uzyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia publicznego. W tej sytuacji wykonawca, którego oferta nie podlegała ostatecznemu wykluczeniu, czy ostatecznemu odrzuceniu może mieć interes w uzyskaniu tego samego świadczenia od zamawiającego w ramach innego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, także w przypadku unieważnienia wcześniejszego postępowania, oczywiście pod warunkiem, że świadczenia z obu postępowań nie będą istotnie się od siebie różnić, w taki sposób, iż nie będzie można już mówić o tożsamości świadczeń. Skoro tak

szeroko orzecznictwo unijne stanowiące element prawa pierwotnego Unii Europejskiej nakazuje postrzegać interes, to również możliwość poniesienia szkody może być postrzegana jako utrata zysku, nie w tym konkretnym postępowaniu, ale jako utrata zysków jakie można byłoby uzyskać za to samo świadczenie w innym postępowaniu. Konkludując Izba doszła do przekonania, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisów: art. 7 ust. 3; art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 288 ust.3 ustawy z dnia 15 maja 2015 roku Prawo restrukturyzacyjne oraz art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia ma fakt, że 17 sierpnia 2018r. Sąd Rejonowy w Kaliszu w sprawie V GRs 4/17 zatwierdził układ z wierzycielami. O ile bezsporne jest, że w dniu 17 sierpnia 2017r. w sprawie sygn. akt V GR 16/17 tenże sąd otworzył postępowanie sanacyjne przyznając dłużnikowi zarząd własny i ustanawiający zarządcę w osobie M. P., które miała w imieniu PBI Eko-Inżynieria dokonywać zarządu nad masą sanacyjną i wykonywać czynności przekraczające granice zwykłego zarządu, to jednak w dacie składania oferty, sąd wydał już postanowienie o zawarciu układu, które w ocenie Izby wobec braku informacji o wniesieniu zażalenia uprawomocniło się najpóźniej w dacie 8 września 2018r. Stosownie do art. 171 ust. 1 ustawy prawo restrukturyzacyjne z dniem uprawomocnienia się postanowienia zatwierdzającego układ nadzorca albo zarządca obejmują funkcję nadzorcy wykonania układu, chyba że układ stanowi inaczej. Oczywiście Izba wzięła pod uwagę treść art. 224 prawa restrukturyzacyjnego, który stanowi, że od daty zatwierdzenia układu do jego uprawomocnienia nadzorca układu pełni funkcję nadzorcy sądowego, co w ocenie Izby oznacza tyle, że w okresie od wydania postanowienia o zatwierdzeniu układu do momentu jego uprawomocnienia, aby zabezpieczyć interesy kręgu podmiotów uprawnionych do zażalenia dłużnik jest ograniczony w zarządzie majątkiem do zakresu czynności zwykłego zarządu. Ograniczenie to ustaje z chwilą uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu układu. Przemawia za tym także przepis art. 324 prawa restrukturyzacyjnego, zgodnie, z którym postępowanie restrukturyzacyjne zostaje zakończone z dniem uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu układu. Natomiast przepis art. 329 ust. 1 ustawy prawo restrukturyzacyjne wskazuje, że z dniem zakończenia postępowania (w domyśle restrukturyzacyjnego) dłużnik odzyskuje prawo zarządu majątkiem, jeżeli był go pozbawiony lub było ono ograniczone, chyba że układ stanowi inaczej.

Nadzorca wykonania układu sprawuje swoją funkcję do momentu wydania przez sąd postanowienia o wykonaniu układu. Istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy jest to, że od momentu uprawomocnienia się postanowienia o zatwierdzeniu układu dłużnik – PBI Eko-Inżynieria mógł wykonywać swój zarząd z ograniczeniem do czynności zwykłego zarządu, czy też bez ograniczeń. Kluczowe jest brzmienie art. 171 ust. 2 ustawy prawo restrukturyzacyjne, który stanowi, że do nadzorcy wykonania układu przepisy o nadzorcy układu, z wyjątkiem przepisów o konieczności zawarcia umowy, stosuje się odpowiednio. Przepisy stosuje się odpowiednio. Należy sięgnąć do art. 36 ust. 1 ustawy prawo restrukturyzacyjne, który stanowi, że zawarcie umowy z nadzorcą układu nie ogranicza dłużnika w zarządzie jego majątkiem. Skoro zastosowania nie ma przepis o zawarciu umowy, to odpowiednie stosowanie przepisu art. 36 ust. 1 będzie oznaczało, że ustanowienie nadzorcy wykonania układu nie ogranicza dłużnika w zarządzie jego majątkiem, a w konsekwencji, będzie on miał prawo zaciągać zobowiązania niezależnie od tego czy służą jedynie zabezpieczeniu dotychczasowej pozycji dłużnika, czy stanowią one dodatkowe nawet znaczne ryzyko, czy wreszcie przekraczają czy też nie granice zwykłego zarządu, co w oczywisty sposób pozostaje w zgodzie z art. 329 prawa restrukturyzacyjnego.. Konkludując, rację należy przyznać przystępującemu, że w dacie 29 września 2018r. kiedy nastąpiło złożenie ofert w niniejszym postępowaniu, PBI Eko-Inżynieria miała prawo sprawować zarząd nad swoim majątkiem i zawierać umowy o wspólną współpracę podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, udzielać w celu realizacji takiego zobowiązania pełnomocnictw, czy też te pełnomocnictwa przyjmować, jak również działając w granicy udzielonego mu pełnomocnictwa składać ofertę wspólną w imieniu własnym (w stosunku do zarządu swoim majątkiem) jak i na podstawie pełnomocnictwa udzielonego mu przez partnera. Okoliczność zatem, czy zwykły zarząd zmienia swoje granice w sytuacji wszczęcia postępowania sanacyjnego, jest irrelevantna dla rozstrzygnięcia zapadłego w sytuacji złożenia oferty po uprawomocnieniu się postanowienia o zatwierdzeniu układu i odzyskaniu przez dłużnika zarządu nad swoim majątkiem. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych przez odwołującego w zarzucie, a przede wszystkim naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy w związku z art. 7 ust. 3 ustawy i 288 ust. 3 ustawy prawo restrukturyzacyjne. Izba nie dopatrzyła się także naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, gdyż odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przystępujący z powodu otwarcia postępowania sanacyjnego podlegał wykluczeniu. Nie znalazł także potwierdzenia zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez wezwanie do uzupełnienia pełnomocnictw lub innych dokumentów potwierdzających umocowanie do złożenia oferty.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 5) ustawy w powiązaniu z art. 24 ust.1 pkt 12) ustawy ze względu na fakt, iż Konsorcjum firm nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności zawodowych i technicznych z zarzutem ewentualnym naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia oświadczeń Konsorcjum firm w zakresie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie w/w warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nie potwierdził się. Izba uznała za mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia dowody złożone przez przystępującego w postaci faktur wystawionych przez firmę S. na rzecz PBI Eko-Inżynieria. Faktury zostały wystawione za realizację zadania budowy sieci kanalizacji sanitarnej w zlewni OŚ Milicz część II dla miejscowości Niesułowice, Sławoszewice, Wałkowa i Kolonia Kobiałka, a więc dotyczą spornej pomiędzy stronami pozycji 2 wykazu i wykazują samodzielne wykonanie przez PBI Eko-Inżynieria robót instalacyjnych w zakresie kanalizacji sanitarnej na łączną kwotę ponad 3 mln zł., co potwierdza spełnianie warunku udziału w zakresie zdolności zawodowej przystępującego, zgodnie z wymaganiem zamawiającego. Potwierdza to także oświadczenie złożone przez lidera konsorcjum powołanego do realizacji tego zadania. Odwołujący próbował wprowadzić podważać wiarygodność tych dowodów odnosząc się do postanowień umowy konsorcjum z 2013r. oraz korespondencji elektronicznej z PGK „Dolina Baryczy”, jednakże w ocenie Izby próba ta nie była przekonująca. Jeśli chodzi o postanowienia umowy konsorcjum, to przede wszystkim z samych tych postanowień wynika, że zakres przedmiotowy, jaki miał być przydzielony poszczególnym członkom konsorcjum, nie był podziałem ostatecznym, mógł ulec zmianie w przypadku zatwierdzenia ostatecznego harmonogramu. Nadto z żadnego z postanowień umowy konsorcjum nie wynika, że jaka była wartość przyznanych członkom konsorcjum zakresów zadań. Również fakt refakturowania po zakończeniu realizacji budowy, w ocenie Izby nie stanowił o braku wiarygodności dowodów przystępującego. Brak jest bowiem postanowień kontraktu pomiędzy konsorcjum, a PGK „Dolina Baryczy” na podstawie, którego można byłoby ustalić, w jakim terminie miał odbierać i płacić za odebrane roboty zamawiający liderowi konsorcjum. Brak możliwości ustalenia tych okoliczności powoduje, że nie było podstaw do uznania za udowodnione twierdzeń odwołującego, że faktury od PBI Eko-Inżynieria dla S. zostały wystawione z uchybieniem terminów określonych w umowie konsorcjum. Z kolei korespondencja elektroniczna pomiędzy odwołującym, a PGK „Dolina Baryczy” w ocenie Izby wskazuje jednoznacznie, że PGK „Dolina Baryczy” nie miała wiedzy, ani nie kontrolowała podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum, nie prowadziła także ewidencji, który z partnerów, w jakim terminie, co realizuje na budowie i jaką ma wartość zrealizowana część. Tym samym twierdzenia PGK „Dolina Baryczy”, że zakres powinien odpowiadać wartości, oparte są jedynie na subiektywnym przekonaniu zamawiającego, a nie rzeczywistej wiedzy i podziale zadań i ich wartości pomiędzy partnerów. W tych okolicznościach Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy zarzucanych przez odwołującego.

Z kolei w zakresie zarzutu dotyczącego nie wykazania konkretnych okresów sprawowania samodzielnych funkcji w budownictwie przez p. G., p. W. i p. W., to w ocenie Izby z ustalonych wyżej postanowień siwz nie wynika obowiązek podawania przez wykonawców konkretnych okresów sprawowania samodzielnych funkcji w budownictwie. Zamawiający nie wymagał podania kontraktów, na których te funkcje były sprawowane. Odwołujący natomiast nie wykazał, że okresy 21, 24, czy 27 lat nie są realnie możliwe dla przyjęcia, że od momentu uzyskania uprawnień dana osoba stale była zatrudniana na samodzielnych funkcjach w budownictwie. Tym samym Izba oceniła zarzut za gołosłowny i oparty na nadaniu nadmiernych znaczeń postanowieniom siwz.

Izba oceniła, że również zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępujących z postępowania z powodu nie wykazania uprawnień, nie potwierdził się. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę wyłącznie postanowienia siwz i w ocenie Izby z postanowień tych nie wynika wola zamawiającego, aby wykonawca każdorazowo wykazywał, że dane uprawnienia są uprawnieniami bez ograniczeń. Zamawiający żądał, aby wykonawca udokumentował, że dysponuje wykwalifikowaną kadrą, niezbędną do kierowania robotami będącymi przedmiotem zamówienia. Natomiast w pouczeniu jakie uprawnienia będzie honorował zamawiający podał, że uprawnienia, o których mowa wyżej winny być zgodne z Rozporządzeniem Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 11 września 2014 r. w sprawie samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz. U. z 24 września 2014 r., poz. 1278) lub innych wcześniej obowiązujących przepisów. Istotne jest sformułowanie „uprawnienia, o których mowa wyżej”, a więc te niezbędne do kierowania robotami będącymi przedmiotem zamówienia były zgodne z obecnie nabywanymi na podstawie rozporządzenia z 2014r. uprawnieniami, a jeśli zostały nabyte, to zgodnie z wcześniej obowiązującymi przepisami. W ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu, że wymagał uprawnień umożliwiających realizację przedmiotowego zamówienia niezależnie od momentu ich nabycia. Już same szczegółowe opisy warunków wyraźnie odnoszą sformułowanie „bez ograniczeń” nie do uprawnień, ale do ograniczeń w wykonaniu przedmiotu zamówienia. Zamawiający konsekwentnie, tak w nagłówku do szczegółowych warunków jak i w poszczególnych opisach warunków właśnie do przedmiotu zamówienia się odnosił. Izba dokonała analizy przedmiotu zamówienia i ustaliła ponad wszelką wątpliwość, że branża elektryczna, którą należy kierować w tym postępowaniu dotyczy sieci niskiego napięcia poniżej 1 kV. Również w zakresie branży drogowej Izba nie ustaliła, aby zakres uprawnień p. W. uniemożliwił mu realizację przedmiotowego zamówienia. Z dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia nie wynikają, ani klasy dróg, które uniemożliwiałyby kierowanie robotami drogowymi p. W., ani obiekty inżynierskie, które wykraczałyby poza granice posiadanych przez p. W. uprawnień. Izba wzięła pod uwagę, że choć z jednej strony zamawiający posługuje się pojęciami uprawnień bez ograniczeń, to z drugiej definiując, jakie wcześniejsze uprawnienia dopuszcza nie wskazał,

że uprawnienia te mają odpowiadać swoim zakresem uprawnieniom bez ograniczeń. Zamawiający wprost wskazał na uprawnienia według rozporządzenia z 2014 lub inne wcześniej obowiązujące przepisy. Gdyby wolą zamawiającego byłoby wskazanie, że ogranicza uprawnienia do takich, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, ale odpowiadających swoim zakresem uprawnieniom bez ograniczeń wydanym na podstawie rozporządzenia z 2014r., to powinien był to wyraźnie wskazać, a nie pozostawić bez określenia, jakie wcześniejsze uprawnienia uzna za wystarczające i odpowiadające jego oczekiwaniom. Brak takiego dookreślenia z jednej strony i z drugiej wskazanie na niezbędność do kierowania robotami będącymi przedmiotem zamówienia, mogło budzić wątpliwości, co do rzeczywistego zakresu uprawnień honorowanych przez zamawiającego. Biorąc jednak pod uwagę, że termin na kwestionowanie postanowień siwz bezpowrotnie minął, a jednocześnie upłynął

już termin składania ofert, to zasada uczciwej konkurencji stoi na przeszkodzie wykładni tych postanowień siwz na niekorzyść przystępującego. W ocenie Izby zatem należało uznać, że wykazane uprawnienia przez przystępujący potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W tych okolicznościach Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy zarzucanych mu przez odwołującego.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz zobowiązując odwołującego do zwrotu zamawiającemu poniesionych przez niego kosztów zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....