Sygn. akt: KIO 1692/22

WYROK

z dnia 19 lipca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Katarzyna Odrzywolska
Przewodniczący Emilia Garbala
Ernest Klauziński
Członkowie:
Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lipca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie

przy udziale:

A. wykonawcy: MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

B. wykonawcy: ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pomimo tego, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej oraz dotyczącego dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Kontraktu Wykonawcy Nadzoru i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego w części 1/4, zamawiającego w części 3/4, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 7 200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego i odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 050 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący : .....

Członkowie: .....

Sygn. akt: KIO 1692/22

UZASADNIENIE

Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z siedzibą w Warszawie

(dalej: „zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - zwanej dalej "ustawa Pzp", postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją Inwestycji pn.: „Budowa gazociągu Skoczów-Komorowice-Oświęcim-Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap II gazociąg wysokiego ciśnienia DN 700 MOP 8,4 MPa relacji Oświęcim-Tworzeń (m. Sławków) wraz z Systemową Stacją Redukcyjno - Pomiarową Oświęcim"; znak sprawy: ZP/2022/01/0002/SWI (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 stycznia 2022 r. w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 018-044951.

W dniu 24 czerwca 2022 r. przez wykonawcę: Ayesa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie wobec zaniechań i czynności zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum Eksametr") z postępowania pomimo tego, że oferta Konsorcjum Eksametr zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten złożył niepełne oraz sprzeczne ze sobą wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny, które to wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr z postępowania pomimo tego, że Konsorcjum Eksametr nie złożyło w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego tj. poprawionego zobowiązania INWESTYCJE, BUDOWNICTWO, HANDEL „INWEST -COMPLEX" Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznych i zawodowych, na potrzeby potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum Eksametr warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 3 specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ");

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr z postępowania pomimo tego, że została ona złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 3 SWZ;

4. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Eksametr do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej, o którym mowa Rozdziale X ust. 2 SWZ;

5. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Eksametr do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Kontraktu Wykonawcy Nadzoru, o którym mowa w Rozdziale X ust. 4 pkt 1 lit. b SWZ.

Zarzucając powyższe, odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Eksametr jako oferty najkorzystniejszej; przystąpienia do ponownego badania oraz oceny ofert; odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. b i c ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp; ewentualnie także wezwanie Konsorcjum Eksametr w trybie art. 228 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 2 oraz ust. 4 pkt 1 lit. b SWZ.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Eksametr Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Miliarium Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „przystępujący"); po stronie odwołującego przystąpienie zgłosili: wykonawca MGGP S.A. z siedzibą w Tarnowie oraz wykonawca ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający, działając w oparciu o art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Konsorcjum Eksametr w piśmie procesowym z 13 lipca 2022 r., złożonym do akt sprawy, zaprezentował swoje stanowisko odnośnie zarzutów podnoszonych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazaną przez zamawiającego w wersji elektronicznej, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, pismem procesowym Konsorcjum Eksametr a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników postepowania odwoławczego, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że interes odwołującego we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się

o udzielenie zamówienia. Wskutek czynności i zaniechań zamawiającego, w szczególności w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia. Spowoduje to poniesienie przez odwołującego szkody w postaci utraty możliwości wykonania zamówienia i osiągnięcia przychodu i zysku z jego realizacji. Z kolei w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę oferta odwołującego, która aktualnie uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert, zostanie uznana za ofertę najkorzystniejszą a odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z Rozdziałem III SWZ są usługi budowlanego nadzoru inwestorskiego, przyrodniczego i zarządzania realizacją Inwestycji pn. „Budowa gazociągu Skoczów- Komorowice- Oświęcim- Tworzeń wraz z infrastrukturą niezbędną dla jego obsługi na terenie województwa małopolskiego i śląskiego. Etap II gazociąg wysokiego ciśnienia DN 700 MOP 8,4 MPa relacji Oświęcim- Tworzeń (m. Sławków) wraz z Systemową Stacją Redukcyjno - Pomiarową Oświęcim". Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarto w Załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ") oraz Załączniku nr 2 do SWZ - wzór umowy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało w części na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpoznała zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr z postępowania pomimo tego, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca ten złożył niepełne oraz sprzeczne ze sobą wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny, które to wyjaśnienia nie uzasadniają ceny podanej w ofercie uznając, że odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalił skład orzekający, oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło 13 wykonawców, w tym Konsorcjum Eksametr, które zaproponowało za realizację zamówienia kwotę 4 227 829,80 zł. Zaoferowana cena wynosiła 71% średniej złożonych ofert i odbiegała o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia (stanowiła 46% tej wartości), w związku z czym zamawiający 12 kwietnia 2022 r. wezwał przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny. Wezwanie w swoim brzmieniu zobowiązywało przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny ofertowej, w tym m.in. do udzielenia odpowiedzi czy wykonawca uwzględnił w swojej ofercie: zapewnienie biura, koszty transportu, telefonów i ubezpieczenia, ryzyka, rezerwę na nieprzewidziane koszty, oraz zysk z realizacji zamówienia. Zamawiający zapytał również z jakich powodów skalkulowane przez niego w formularzu ofertowym koszty personelu stałego i czasowego - są identyczne. Konsorcjum Eksametr udzieliło wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w piśmie z 19 kwietnia 2022 r.

Z uwagi na to, że przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia budziły wątpliwości zamawiającego, ponownie skierował do Konsorcjum Eksametr wezwanie, prosząc o doszczegółowienie przedstawionej argumentacji. Wykonawca ten 12 maja 2022 r. przedstawił zamawiającemu żądane, dodatkowe wyjaśnienia.

W ocenie Izby, analiza przedstawionych przez Konsorcjum Eksametr wyjaśnień pozwala na uznanie, że wykonawca ten w sposób dostateczny wykazał, że oferowana przez niego za wykonanie zamówienia cena nie jest rażąco niska.

Na wstępie należy przypomnieć, że każdorazowo o tym czy mamy do czynienia z ceną rażąco niską, decyduje przeprowadzone badanie, które pozwala udzielić odpowiedzi na pytanie czy zaproponowana cena jest realna. Tą z kolei należy odnieść do danego opisu przedmiotu zamówienia, jego specyfiki oraz rynku danego rodzaju. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś, wprost przeciwnie, różnice

w cenie oferty nawet przekraczające 30 % w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert, czy też odbiegające znacznie od szacunkowej wartości zamówienia - mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

Zamawiający, zanim podejmie decyzję o odrzuceniu oferty, zobligowany jest wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. W ust. 2 tego przepisu zobligowano zamawiającego do skierowania do wykonawcy takiego wezwania, jeśli stwierdzi, że cena całkowita oferty złożonej przez wykonawcę jest niższa o 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu. Ponadto zgodnie z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę tego wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Tym samym to rolą zamawiającego jest ocena, czy w danym przypadku zachodzi podejrzenie, że zaproponowana cena nosi znamiona rażąco niskiej, a następnie skierowanie do wykonawcy wezwania i ocena złożonych wyjaśnień. Zamawiający odrzuca ofertę wówczas, gdy stwierdzi, że wyjaśnienia nie zostały złożone, są niepełne czy też, że ocena tych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Tym samym zamawiający wyjaśnienia te musi przeanalizować w sposób pełny, z uwzględnieniem wszystkich okoliczności, biorąc przede wszystkim pod uwagę treść wezwania skierowanego do wykonawcy i oczekiwania w tym zakresie sformułowane, a następnie ocenić czy te zawierają wszystkie niezbędne elementy, których podania zamawiający oczekiwał.

Wezwany wykonawca, wszelkimi niezbędnymi środkami, dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Jak zwrócił bowiem uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygnaturze akt I Ca 117/12: „istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez zamawiającego (skarżącego) wykonawcy (...) w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone". Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów poprzednio obowiązujących, niemniej jednak pogląd w nim wyrażony zachowuje swoją aktualność.

Zamawiający miał zatem obowiązek ocenić złożone przez przystępującego wyjaśnienia, kierując się w tym zakresie swoją wiedzą i odnosząc je do opisanego przez siebie przedmiotu zamówienia. Nie istnieją przy tym żadne sztywne kryteria, jakie winny

zostać spełnione, aby wyjaśnienia udzielone przez wykonawców na zapytanie zamawiającego uznane zostały za wystarczające. Ocena w każdym konkretnym przypadku dokonywana jest przez zamawiającego, a treść takich wyjaśnień musi być postrzegana przez

pryzmat zapytania.

Nie ulega jednak wątpliwości, że wykorzystanie instytucji wyjaśnień podlega kontroli Izby w toku postępowania odwoławczego. W toku takiej kontroli Izba uznała, że nie sposób

podzielić zastrzeżeń odwołującego, który stwierdził, że złożone wyjaśnienia były niepełne, niekompletne czy nie rozwiewały tych wątpliwości, które zamawiający wyartykułował w treści wezwania. Przystępujący w wyjaśnieniach wskazał bowiem na wszystkie istotne okoliczności mające wpływ na wysokość ceny, a także udzielił konkretnych odpowiedzi na pytania zamawiającego, które zostały sformułowane w wezwaniu.

Nie dyskwalifikuje tych wyjaśnień okoliczność, którą podnosił odwołujący, że część z nich, datowana na dzień 19 kwietnia 2022 r. stanowi powielenie (przeklejenie) do treści wyjaśnień fragmentów OPZ oraz wzoru umowy, które określają poszczególne obowiązki wykonawcy na etapie realizacji zamówienia. Powyższe, w tym przypadku miało na celu

jedynie potwierdzenie, że wykonawca wszystkie wymagane elementy uwzględnił w kalkulacji, oraz że wykona zamówienie zgodnie z opisem zamawiającego zamieszczonym w SWZ. Trudno jest też w tym przypadku mówić o jakiejś konkretnej metodzie czy sposobie wykonania zamówienia, która powinna być przez Konsorcjum Eksametr dodatkowo zaprezentowana. Niniejsze zamówienie polega bowiem na świadczeniu usług nadzoru

inwestorskiego, w których kluczowym czynnikiem składającym się na koszty realizacji jest wynagrodzenie osób, które tą usługę świadczą. Te z kolei zostały przez Konsorcjum Eksametr podane i zaprezentowane w jednej z tabel, którą zamieścił w tej części wyjaśnień, w której udzielał odpowiedzi na pytania zamawiającego.

Zamawiający w treści pisma z 12 kwietnia 2022 r. wezwał przystępującego w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, zobowiązując go do udzielenia odpowiedzi wskazując na konkretne wątpliwości i oczekując wyjaśnień w tym zakresie. Konsorcjum Eksametr odniosło się w sposób szczegółowy do zagadnień, które budziły wątpliwości zamawiającego, i w tej części przedłożone przez niego wyjaśnienia należy uznać za szczegółowe.

Izba nie dopatrzyła się także w treści poszczególnych oświadczeń, składanych przez Konsorcjum Eksametr w toku postępowania przetargowego sprzeczności, które dyskwalifikowałyby składane w toku postępowania wyjaśnienia, a w konsekwencji prowadziły do wniosku, że cena jego oferty jest rażąco niska. Owe zmiany, o których mówi odwołujący, które dotyczyły kilku wybranych przez niego elementów zamówienia, a które stanowiły przedmiot kalkulacji na etapie przygotowywania oferty, należało traktować jako uzupełnienie wcześniej składanych wyjaśnień, nie zaś jako zmianę stanowiska i to taką, która miała wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty.

Poniżej Izba odniesie się kolejno do kwestionowanych przez odwołującego elementów zamówienia.

Analiza wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji kosztów utrzymania biura, wbrew temu co twierdzi odwołujący, nie dają podstaw do uznania, że przyjęta przez Konsorcjum Eksametr wycena jest nieprawidłowa. Z treści pisma z 19 kwietnia 2022 r. wynika, że koszty utrzymania biura wykonawca skalkulował przyjmując założenie, że miesięczny koszt zapewnienia pomieszczeń biurowych będzie wynosił ok. 2 600,00 zł. Wskazał przy tym, jakie elementy uwzględnił w tych kosztach oraz wyjaśnił okoliczności, dzięki którym może uzyskać oszczędności związane z wynajmem biura (zapewnienie biura zamawiającego w tym samym miejscu co konsultantom; urządzenia oraz wyposażenie pochodzące z jego zasobów).

Niezrozumiałe jest oczekiwanie odwołującego, który domaga się podania konkretnych sprzętów, w które zostanie takie biuro wyposażone, skoro z treści wyjaśnień wynika, że takie zostanie zapewnione, zaś sprzęty niezbędne wykonawca już posiada, nie będzie zatem musiał tego wyposażenia nabywać i ponosić wydatków z tym związanych. Stąd twierdzenie, iż Konsorcjum Eksametr nie wkalkulowało kosztów wyposażenia biura do ceny oferty, należało uznać za gołosłowne.

Nie sposób też kwestionować sposobu i podstaw, przyjętych przez przystępującego do oszacowania kosztów wynajmu. Konsorcjum Eksametr oparło się o średnie ceny najmu za metr kwadratowy, przedstawiając jako dowód stosowne oferty z portalu gratka.pl. Odwołujący twierdzi, że żaden z przedstawionych lokali nie spełnia konkretnie wymagań OPZ, składa też na powyższą okoliczność dowody, z których wynika dodatkowo, że oferowane za najem lokali kwoty są wyższe od tych, które przedstawił odwołujący. Izba uznała, że przedstawione oferty najmu lokali, i załączone do wyjaśnień składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia, w sposób dostateczny potwierdzały okoliczność, że lokale o zbliżonym standardzie możliwe są do wynajęcia w przewidzianej przez Konsorcjum Eksametr cenie, zwłaszcza że część wskazanych w odwołaniu wymagań dotyczących lokalu była przez zamawiającego jedynie zalecana, zatem wykonawca nie był bezwzględnie zobowiązany do ich zapewnienia. Na tym etapie nie było wymagane, aby wykonawca takim biurem dysponował, czy też miał zawartą umowę z wynajmującym, gwarantującą mu, że danym lokalem dysponuje na dzień składania ofert. Z kolei różnice w cenach najmu, wynikające z treści dowodów prezentowanych przez przystępującego i odwołującego prawdopodobnie wynikają z tego, że od czasu kiedy wyjaśnienia te były składane minęło kilka miesięcy, w czasie których, co jest faktem notoryjnym i nie wymagającym dowodu, ceny najmu lokali znacznie wzrosły. W konsekwencji Izba stwierdziła, że wyjaśnienia przedstawione przez Konsorcjum odnośnie wynajmu biura są wiarygodne i poparte dowodami.

Odnosząc się z kolei do wyjaśnień, składanych przez Konsorcjum Eksametr w zakresie sposobu kalkulacji kosztów samochodów, nie sposób stwierdzić, że przystępujący w toku badania i oceny jego oferty pod kątem znamion istnienia ceny rażąco niskiej, zmienił treść swoich wyjaśnień, która to zmiana mogła w konsekwencji prowadzić do uznania, że koszty zadeklarowane co do tej pozycji nie zostały oszacowane w sposób należyty. Konsorcjum Eksametr w wyjaśnieniach z 19 kwietnia 2022 r. rzeczywiście początkowo wskazało na okoliczność dysponowania pojazdem (Dacia Duster,

napęd 4x4) i oświadczyło, że pojazd ten jest wyposażony w instalację LGP, co pozwoli uniknąć konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów eksploatacyjnych, w tym kosztów paliwa. Załączono jednocześnie dowód rejestracyjny pojazdu, który w taką instalację nie był wyposażony. Poproszony przez zamawiającego o wyjaśnienia, przystępujący doprecyzował, że planował sprzedaż posiadanego samochodu i zakup w to miejsce kolejnego, wyposażonego w taką instalację lub zakup pojazdu na benzynę i wyposażenie go w instalację LPG. Konsorcjum Eksametr określiło także, w jaki sposób skalkulowało koszt wyposażenia pojazdu w instalację, podając cenę rynkową za montaż takiej instalacji. Wyjaśnienia w tym zakresie należy uznać za spójne i przekonujące i nie sposób dopatrzeć się istniejących pomiędzy nimi sprzeczności. Z kolei twierdzenia odwołującego, który wskazywał na rozprawie, że podany przez Konsorcjum Eksametr w wyjaśnieniach rynkowy koszt montażu instalacji LPG jest zaniżony - należy traktować wyłącznie jako polegające na mnożeniu dodatkowych wątpliwości i nie poparte żadnymi dowodami.

Kolejny element wyjaśnień, które kwestionował odwołujący, dotyczył sposobu kalkulacji kosztów pozyskania ubezpieczenia OC. Twierdził, że stanowisko przystępującego nie jest jednolite oraz pokazuje, że nie zostały przewidziane wszystkie koszty wykonania zamówienia. W wyjaśnieniach z 19 kwietnia 2022 r. Konsorcjum Eksametr zadeklarowało bowiem, że koszt pozyskania polisy ubezpieczeniowej zgodnej z warunkami umowy będzie wynosić 1 000,00 zł./ mc (12 000,00 zł./ rok). Jako ogólny koszt dla całego zamówienia przyjęto 31 000,00 zł. (okres świadczenia usługi wynosi 31 miesięcy). Jednocześnie, jako potwierdzenie wysokości ponoszonych kosztów w tym zakresie, Konsorcjum Eksametr dołączyło polisę OC (gdzie składka ubezpieczeniowa wynosiła 10 000,00 zł./rok), ale jak zauważył odwołujący polisa ta opiewała na kwotę 1 mln. zł., natomiast w umowie zamawiający wymagał polisy OC na poziomie 10 mln. zł. Zapytany o rzeczoną rozbieżność przystępujący, w wyjaśnieniach z 12 maja 2022 r. zadeklarował, że uwzględnił w kalkulacji koszt dostosowania polisy do wymagań zamawiającego, w tym w szczególności konieczność jej zwiększenia do wymaganej w SWZ kwoty. Co jednak istotne odwołujący kwestionował przyjęte przez przystępującego założenia, opierając się na kosztach utrzymywanej przez siebie polisy ubezpieczeniowej. Stanowisko takie jest o tyle błędne, że zarówno oferty różnych firm ubezpieczeniowych, jak też warunki ubezpieczenia przedstawiane konkretnym przedsiębiorcom, istotnie się między sobą różnią. Rozstrzygający jednak w tym zakresie był dowód, załączony przez przystępującego do złożonego pisma procesowego w postaci oferty Ergo Hestia, który potwierdzał, że założone przez niego w kalkulacji koszty pozyskania polisy OC są na poziomie przyjętym w składanych wyjaśnieniach. Dowód powyższy, przedstawiony na tym etapie, Izba przyjęła, jako złożony na odparcie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba nie zgadza się także z tym, że brak było w wyjaśnieniach, złożonych przez Konsorcjum Eksametr, informacji na temat kosztów podwykonawstwa oraz wynagrodzenia Inspektora Nadzoru Robót Drogowych. W wyjaśnieniach z 2 czerwca 2022 r. przystępujący wskazał, że podmiot trzeci, jako podwykonawca, będzie pełnił funkcję Inspektora Nadzoru Robót Drogowych. Koszty te zostały wprost wykazane w zestawieniu poszczególnych pozycji elementów kosztotwórczych. Ponieważ przystępujący nie przewidział podwykonawstwa w jakimkolwiek innym zakresie, to nie ulega wątpliwości, iż wyszczególniona z tego tytułu kwota dotyczy tego właśnie zakresu prac.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących kosztu zatrudnienia Kierownika Projektu odwołujący twierdził z kolei, że zamawiający pominął występujące rozbieżności pomiędzy podstawą zatrudnienia Kierownika Projektu wskazaną w wykazie osób oraz w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że zamawiający nie zawarł w SWZ żadnych wymagań odnośnie zatrudnienia określonych osób na umowę o pracę, stąd wykonawcy mogli przyjąć w kalkulacji dowolne założenia. Ponadto za nietrafione należy uznać wywody odwołującego w zakresie przyjętych, średnich kosztów zatrudnienia Kierownika Projektu na rynku. Trafnie zauważył zamawiający, że przedstawiony w odwołaniu diagram, który ma wskazywać średni koszt na poziomie 11 tys. zł. netto, dotyczy de facto kosztu brutto (słowo brutto podświetlone na pomarańczowo), zatem wskazany tam koszt netto oscyluje na poziomie 7 tys zł. Ponadto, pokazano na nim medianę zarobków, zaś co wynika z zaprezentowanych danych 50% kierowników projektów zarabia mniej niż wskazana kwota, a 25% mniej niż 9.500 zł brutto. Tym samym odwołujący, prezentując przedmiotowy diagram, potwierdził raczej prawidłowość założeń wykonawcy co do wysokości kosztów zatrudnienia kierownika projektu, niż w sposób skuteczny z nimi polemizuje.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie. Wyjaśnienia Konsorcjum Eksametr w zakresie sposobu kalkulacji ceny należało uznać za spójne, wyczerpujące, odpowiadające na te zagadnienia i pytania, które były w treści wezwań wskazywane. Sprzeczności, które identyfikuje odwołujący, da się w sposób logiczny wytłumaczyć, i nie wpływają one na przyjęte w kalkulacji ceny ofertowej założenia, a już z pewnością nie sposób uznać, że wyliczenia ceny oferty nie zostały przygotowane z należytą starannością.

Uwzględnieniu podlegał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr z postępowania pomimo tego, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, tj. poprawionego zobowiązania INWESTYCJE, BUDOWNICTWO, HANDEL „INWEST-COMPLEX" Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w postaci zdolności technicznych i zawodowych na potrzeby potwierdzenia spełniania przez Konsorcjum Eksametr warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 3 SWZ, w związku z czym zamawiający zaniechał czynności, do której był zobowiązany tj. czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr z postępowania.

Na podstawie akt sprawy skład orzekający ustalił, że zamawiający w Rozdziale X ust. 3 SWZ określił warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej wykonawców - posiadanej wiedzy i doświadczenia wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowali co najmniej jedno zamówienie polegające na wykonaniu nadzoru inwestorskiego w ramach jednego zamówienia obejmującego co najmniej branżę technologiczną, nad budową lub przebudową co najmniej 10 km odcinka stalowego rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych, o ciśnieniu powyżej MOP 1,6 MPa. Przy czym za branżę technologiczną zamawiający uznaje branżę, która obejmuje swoim zakresem, co najmniej spawanie i ułożenie w wykopie stalowego rurociągu do przesyłu paliw płynnych lub gazowych, lub wykonaniu nadzoru inwestorskiego nad robotami budowlanymi w ramach jednego zamówienia obejmującego budowę lub przebudowę linii kolejowej lub drogi krajowej klasy A (autostrada) lub klasy S (droga ekspresowa) lub klasy GP (główna przyspieszona), o wartości robót budowlanych nie mniejszej niż 100.000.000,00 zł. brutto (słownie: sto milionów złotych brutto) (w ramach jednego zamówienia).

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku Konsorcjum Eksametr dołączyło do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego - INWESTYCJE, BUDOWNICTWO, HANDEL „INWEST-COMPLEX" Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, z treści którego wynikało, że podmiot trzeci zobowiązuje się do oddania wykonawcy tj. Konsorcjum Eksametr niezbędne zasoby na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia w zakresie zdolności technicznej. Jako zakres udostępnionych zasobów wpisano: wiedza i doświadczenie nabyte w związku z realizacją usług w zakresie projektów powołanych w załączonych referencjach, który to zasób zostanie wykorzystany poprzez podwykonawstwo w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie w zobowiązaniu znalazło się oświadczenie dotyczące zakresu zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia. Podmiot trzeci oświadczył, iż w odniesieniu do zdolności, na których polega wykonawca, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (dotyczy wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia), zrealizujemy usługi w następującym zakresie: nadzoru i pełnienia funkcji eksperta ds. rozliczeń których wskazane zdolności dotyczą.

Zamawiający 14 lutego 2022 r. wezwał Konsorcjum Ekstrametr do przedstawienia w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Konsorcjum Eksametr uzupełniło dokumenty w przewidzianym przez zamawiającego terminie, składając m.in. Wykaz zrealizowanych usług, w którym powołało usługę zrealizowaną przez podmiot trzeci, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale X ust. 3 pkt 2 SWZ.

Zamawiający 13 maja 2022 r. skierował do przystępującego wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, jaki będzie faktyczny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. W wezwaniu przywołał zapisy Rozdziału X SWZ, zgodnie z którym wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w ust. 2 - 4 może polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp. Wykonawca w Formularzu oferty oświadczył w ust. 3, iż będzie polegać na zasobach podmiotu: INWESTYCJE, BUDOWNICTWO, HANDEL INWEST-COMPLEX Sp. z o.o. w zakresie zdolności zawodowych. Wykonawca dołączył do oferty zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione przez Podmiot nr 1: INWESTYCJE, BUDOWNICTWO, HANDEL „INWEST-COMPLEX" Sp. z o.o. W zobowiązaniu wpisano,

że Podmiot nr 1 udostępni zdolność techniczną w zakresie: wiedza i doświadczenie nabyte w związku z realizacją usług w zakresie projektów powołanych w załączonych referencjach; opisując sposób i okres udostępnienia wskazano: podwykonawstwo w zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia. Ponadto Podmiot nr 1 oświadczył nieprecyzyjnie, że zrealizuje usługi w zakresie: nadzoru i pełnienia funkcji eksperta ds. rozliczeń, których wskazane zdolności dotyczą. Jednocześnie wykonawca, składając dokumenty w odpowiedzi na wezwanie z art. 126 ust. 2 ustawy Pzp wskazał, że nie posiada własnego doświadczenia. Wykonawca dostarczył dokumenty na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia,

z których wynika, że w tym zakresie będzie polegał na podmiocie nr 1, doświadczenie Podmiotu nr 1: INWESTYCJE, BUDOWNICTWO, HANDEL „INWESTCOMPLEX" Sp. z o.o. w zakresie Budowy drogi ekspresowej S1 Pyrzowice - Podwarpie od km 2+158 do km 11+880 (etap III z wyłączeniem odcinka I w. „Pyrzowice" - w. „Lotnisko"). W tym miejscu należy podnieść, że zamawiający nie postawił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego eksperta ds. rozliczeń. Mając na uwadze powyższe, zamawiający powziął wątpliwość jaki zakres zamówienia zrealizuje Podmiot nr 1. W konsekwencji zobowiązał wykonawcę do udzielenia jednoznacznej odpowiedzi na następujące pytanie: Jaki zakres zamówienia zrealizuje Podmiot nr 1 ?

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Konsorcjum Eksametr 19 maja 2022 r. złożyło wyjaśnienia o poniższej treści. Wskazało, że w dokumencie „Zobowiązanie" umieszczono dwa zakresy usługi, które zrealizuje podmiot udostępniający zasoby tj. „Nadzoru i pełnienia funkcji eksperta ds. rozliczeń których wskazane zdolności dotyczą. Firma Inwestycje, Budownictwo, Handel Strona 2 z 2 „Inwest-Complex" Sp. z o.o. będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez pełnienie nadzoru w tym min. w branży drogowej. Dodatkowo, niezależnie od warunków udziału w postępowaniu, planujemy część usługi w zakresie rozliczenia, przekazać firmie Inwest-Complex, która zapewnieni eksperta ds. rozliczeń, w ramach zapisów OPZ poz. 14 „ekspert z innej branży", jako wsparcie dla Kosztorysanta.

Następnie zamawiający 30 maja 2022 r. wezwał w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przystępującego do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów z powodu rozbieżności pomiędzy treścią zobowiązania, a składanymi przez Konsorcjum wyjaśnieniami. W piśmie zwrócił uwagę, że wyjaśnienia z 19 maja 2022 r. również precyzyjnie nie wskazują jaki zakres prac wykona Podmiot nr 1. Wskazano jedynie ogólnie, że będzie to nadzór w tym min. w branży drogowej Nie jest to zatem zakres, którego zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego, tak określony zakres realizacji zamówienia przez podmiot trzeci udostepniający zasoby, nie jest wystarczający w świetle art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Następnie wskazał, że ze zobowiązania nie wynika, czy nadzór który wykonywał będzie Podmiot nr 1 jest nadzorem inwestorskim w rozumieniu zał. nr 1 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia. Wyjaśnienia wymaga, że podmiot udostępniający takie zasoby powinien wykonywać usługi, do realizacji których takie doświadczenie jest wymagane przez zamawiającego, a nie jedynie nadzorować ich wykonywanie. Tym samym, mając powyższe

na uwadze zamawiający wezwał do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów, z treści którego precyzyjnie i jednoznacznie będzie wynikał zakres prac, jakie wykona Podmiot 1 w kontekście zakresu prac jaki jest wymagany dla skutecznego udostępnienia potencjału doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi na skierowane do Konsorcjum Eksametr wezwanie, ten złożył pismo (nie uzupełniając oświadczenia, do czego został wezwany) w którym stwierdził, iż w przedłożonym na etapie oferty zobowiązaniu podmiot udostępniający zasoby wskazał, że będzie uczestniczył w realizacji zadania w zakresie: nadzoru i pełnienia funkcji eksperta ds. rozliczeń, których wskazane zdolności dotyczą. Tłumaczył, że w przesłanych zamawiającemu 19 maja 2022 r. wyjaśnieniach wykonawca doprecyzował, że w zakresie nadzoru „INWEST-COMPLEX" Sp. z o.o. będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez pełnienie nadzoru w tym m.in. w branży drogowej. Wyjaśnił, że podmiot udostępniający zasoby będzie bezpośrednio na budowie wykonywał usługę Inspektora Nadzoru Robót Drogowych co stanowi zakres, którego zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem, przedstawiciel podmiotu udostępniającego zasoby, będzie bezpośrednio wykonywał usługę stanowiącą

przedmiot niniejszego zamówienia.

Zamawiający, co wynika ze stanowiska zaprezentowanego w odpowiedzi na odwołanie jak też na rozprawie, przyjął złożone wyjaśnienia, dokonał ich oceny i uznał, że chociaż sama treść złożonego dokumentu (Zobowiązania) budziła jego wątpliwości, stąd wezwał przystępującego do jego uzupełnienia, to jednak całościowa ocena złożonych przez Konsorcjum Eksametr wyjaśnień oraz podmiotowych środków dowodowych, pozwoliła na pozytywne zweryfikowanie spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Stanowisko zamawiającego jest nietrafione, zamawiający całkowicie bowiem pomija treść wskazywanych przez odwołującego przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: (b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub (c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Przepis ten stanowi, że w każdym przypadku zamawiający odrzuca ofertę (nakaz skierowany do zamawiającego) tego wykonawcy, który pomimo ciążącego na nim obowiązku nie przedstawił zamawiającemu wymaganych dokumentów w zakreślonym w ustawie Pzp lub wezwaniu terminie. Decyzja w tym przedmiocie nie należy zatem do zamawiającego, ale jest konsekwencją wcześniejszego jego działania (skierowania wezwania do wykonawcy) i zaniechania wykonawcy, który na takie wezwanie nie odpowiedział.

Przypomnieć należy również, że na czynność wezwania, które co nie ulega wątpliwości jest czynnością podejmowaną przez zamawiającego w toku postepowania, wykonawcy przysługuje odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w przypadku, gdy nie zgadza się z jego treścią. Jeśli jednak w przewidzianym ustawą Pzp terminie, jak to miało miejsce w tym przypadku, nie zaskarży samej czynności, jak i treści wezwania, a nie uzupełni żądanego dokumentu, konsekwencją jest wyeliminowanie tego wykonawcy z przetargu.

Trafnie dostrzegł odwołujący, że ustanowiona przez ustawodawcę cytowana przesłanka odrzucenia oferty jest związana z charakterem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które jest prowadzone w formie pisemnej i które cechuje daleko idący formalizm. Zamawiający, który zaniechał odrzucenia oferty Konsorcjum Eksametr z postępowania pomimo, że sam wcześniej uznał, że treść dokumentu nie wskazuje precyzyjnie i jednoznacznie zakresu prac, jakie wykona Podmiot 1 w kontekście zakresu prac jaki jest wymagany dla skutecznego udostępnienia potencjału doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i wezwał do złożenia nowego, poprawionego dokumentu, a następnie akceptuje sytuację, w której Konsorcjum Eksametr tego dokumentu nie uzupełnia, naruszył dyspozycję przywołanego wyżej przepisu.

Nie można też zaakceptować stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym złożone przez przystępującego wyjaśnienia zastępują i doprecyzują treść zobowiązania do użyczenia zasobów przez podmiot trzeci, i mogą zostać ocenione jako całość tj. wraz z treścią dokumentu. Wskazać bowiem należy, że zobowiązanie stanowi oświadczenie podmiotu, który jest całkowicie odrębnym od wykonawcy i niezależnym podmiotem praw i obowiązków, który zobowiązuje się w określonym czasie i zakresie udostępnić zasoby wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu. To podmiot trzeci, a nie sam wykonawca, składa oświadczenie o określonej treści i to on decyduje w jakim zakresie, i na jaki czas swoje zasoby wykonawcy udostępnia. Tym samym wyłącznie treść zobowiązania jest decydująca i to ona może być brana pod uwagę.

Nie sposób także podzielić twierdzeń zamawiającego, że w świetle złożonego wyjaśnienia, odpadły podstawy do uzupełnienia tego dokumentu, a wobec pozytywnej oceny udostępnienia potencjału, odrzucenie oferty Konsorcjum Eksametr z uwagi na zaniechanie zadośćuczynienia wezwaniu z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, świadczyłoby jedynie o skrajnym formalizmie zamawiającego. Ponownie należy podkreślić, że skierowanie takiego wezwania obliguje wykonawcę, który takie otrzymał, do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego.

Zamawiający z kolei, nie otrzymując żądanego dokumentu, winien wyciągnąć wobec przystępującego konsekwencje wynikające z obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

Izba nie zgadza się również z poglądem, który został przez zamawiającego zaprezentowany w odpowiedzi na odwołanie, że w zaistniałej sytuacji tj. gdy zamawiający

wystosował wezwanie do uzupełnienia, jednak złożone wyjaśnienia pozwoliły na dokonanie pozytywnej oceny złożonego zobowiązania, brak jest podstaw prawnych do cofnięcia czynności wezwania do uzupełnienia. Zresztą stanowisko w tym przedmiocie jest o tyle niezrozumiałe, że to dopiero kolejne wyjaśnienia przystępującego, składane w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu, pozwoliły w sposób pozytywny ocenić treść samego zobowiązania, a tym samym na etapie wezwania kierowanego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wiedzy w tym zakresie nie posiadał.

Nie sposób też stwierdzić, że sama czynność zamawiającego, polegająca na wezwaniu Konsorcjum Eksametr do uzupełnienia zobowiązania, w świetle dostrzeganych przez zamawiającego i wyartykułowanych w treści pisma niezgodności, była nieprawidłowa. Tym samym brak jego uzupełnienia wpisuje się w sposób literalny w dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Izba podzieliła także stanowisko odwołującego w zakresie, w jakim podnosił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Eksametr do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności finansowej i ekonomicznej, o którym mowa w Rozdziale X ust. 2 SWZ.

Jak ustalił skład orzekający w Rozdziale X ust. 2 SWZ zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu, dotyczący znajdowania się przez wykonawcę w określonej sytuacji finansowej i ekonomicznej, oczekując aby ten potwierdził posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę nie mniejszą niż: 400 000,00 złotych (słownie: czterysta tysięcy złotych 00/100). Ponadto zamawiający wskazał, iż nie dopuszcza sumowania zdolności kredytowej (jednego) wykonawcy potwierdzonej przez różne instytucje (banki), a w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) zamawiający wskazał, że możliwe jest sumowanie zdolności kredytowej poszczególnych członków konsorcjum. Z kolei dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu miała być, zgodnie z Rozdziałem XII ust. 2 pkt 11 SWZ, informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, potwierdzająca wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy na kwotę nie mniejszą niż 400 000,00 złotych, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

Konsorcjum Eksametr, wezwane do złożenia dokumentów w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawiło dokument elektroniczny z banku z 19 kwietnia 2022 r. zatytułowany: „Zaświadczenie o wysokości salda na wskazany dzień z przeszłości”, zgodnie z którym Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna zaświadcza, że EKSAMETR SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ (...) posiada w PKO Banku Polskim SA Rachunek: KREDYT W RACH. BIZNES PARTNER (...) który na dzień 18.04.2022 r. wykazywał saldo w wysokości: 644 065,16 PLN.

Izba uznała, że zarzuty odwołującego są zasadne z tego powodu, że z treści przedłożonego przez Konsorcjum Eksametr zaświadczenia nie wynika, że wykonawca posiada środki pieniężne lub też zdolność kredytową na określonym przez zamawiającego poziomie. Analiza jego treści pozwala jedynie na stwierdzenie, że na rachunku KREDYT W RACH. BIZNES PARTNER widnieje saldo w wysokości 644 065,16 PLN.

Nie można przy tym jednoznacznie stwierdzić czy jest tak, jak twierdzi odwołujący, że bank oświadcza, iż firma Eksametr Sp. z o.o. w 2017 r. zaciągnęła kredyt i jest zobowiązana, na wskazany w nim dzień tj. 18 kwietnia 2022 r., do spłaty 644.065,16 zł. kredytu czy też, jak wywiódł z jego treści zamawiający, że na rachunku o nazwie „Kredyt w rachunku biznes partner” na dzień 18 kwietnia 2022 r. odnotowano saldo dodatnie w wysokości 644 065,16 PLN.

Nie ulega wątpliwości Izby, że aby stwierdzić jaka jest w istocie sytuacja finansowa wykonawcy konieczna jest dodatkowa interpretacja treści tego dokumentu. Zresztą sam zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie odwołuje się do pojęcia „saldo” stwierdzając, że w tym przypadku należy je odnosić nie do salda kredytowego, jak wskazuje odwołujący, ale do salda rachunku kredytowego. W konsekwencji uznaje, że wskazana tam kwota to kwota kredytu do wykorzystania. Sięga przy tym dodatkowo do informacji zamieszczonych na stronie banku PKO BP, wystawiającego zaświadczenie i wywodzi, że „Kredyt w rachunku powiększa limit dostępnych pieniędzy na Twoim koncie”, a skoro tak

to Konsorcjum Eksametr potwierdziło posiadanie zdolności kredytowej na poziomie wymaganym w Rozdziale X ust. 2 SWZ.

Kluczowe w niniejszej sprawie jest, iż stanowisko zamawiającego i jego ocena treści zaświadczenia nie wynika wprost z treści samego dokumentu. Nie sposób zaakceptować sytuacji, w której złożona informacja banku, która ma potwierdzać wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy jest niejednoznaczna i budząca wątpliwości. To czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej nie może pozostawać w sferze domniemań, ale musi wprost wynikać z treści przedłożonych dokumentów.

Nie ma wprawdzie jednego, ustalonego wzorca jaka powinna być treść informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada swój rachunek, ale zawsze jej niezbędną cechą jest potwierdzenie wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy. To on zatem powinien domagać się od banku, aby potwierdził jednoznacznie w jakiej wysokości środki posiada na swoim rachunku, lub też jaka jest jego zdolność kredytowa.

Konsorcjum Eksametr przedstawiło taką, jednoznaczną w swojej treści, informację z banku prowadzącego jego rachunki, jednakże uczyniło to dopiero na etapie postępowania przed Izbą. To z kolei jest działaniem spóźnionym o tyle, że właściwy dokument winien być przedłożony zamawiającemu w postępowaniu. Co jednak kluczowe, skoro zaświadczenie o wskazanej treści wykonawca mógł pozyskać na potrzeby postępowania odwoławczego, to analogiczne miał możliwość i powinien był przedstawić na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zarzuty odwołującego w tym zakresie są zasadne, a zamawiający powinien wezwać w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Konsorcjum do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej.

Jednocześnie, mając na uwadze że uwzględnieniu podlegał zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, a w konsekwencji oferta złożona przez Konsorcjum Eksametr podlega odrzuceniu, Izba orzekając w pkt 1 sentencji nie nakazała wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia zaświadczenia z banku, gdyż byłoby to w tym przypadku zbędne.

Potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Konsorcjum Eksametr do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobą na stanowisko Kierownika Kontraktu Wykonawcy Nadzoru, o którym mowa w Rozdziale X ust. 4 pkt 1 lit. b SWZ.

Jak ustalił skład orzekający, zamawiający w Rozdziale X ust. 4 pkt 1 lit. b SWZ wymagał od wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, aby Ci wykazali, że dysponują osobą na stanowisko Kierownika Kontraktu Wykonawcy Nadzoru, który powinien legitymować się doświadczeniem "zdobytym w ciągu ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, (...) w zarządzaniu nieprzerwanie przez okres co najmniej 6 m-cy (na stanowisku Kierownika Kontraktu lub Zastępcy Kierownika Kontraktu lub Kierownika Projektu lub Zastępcy Kierownika Projektu lub Inżyniera Kontraktu lub Inżyniera Projektu lub Dyrektora Kontraktu) przy realizacji zamówienia polegającego na: budowie lub

przebudowie lub remoncie obiektu liniowego o długości co najmniej 10 km lub wykonywaniu nadzoru inwestorskiego budowy lub przebudowy lub remontu obiektu liniowego o długości co najmniej 10 km".

Konsorcjum, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedstawiło Wykaz osób, w którym na stanowisko Kierownika Kontraktu Wykonawcy Nadzoru wskazało Pana W. H.. Z literalnego brzmienia tego dokumentu wynika jednoznacznie, że osoba ta nie posiada doświadczenia w pełnieniu wymaganej funkcji na "budowie lub przebudowie lub remoncie obiektu liniowego", gdyż Konsorcjum Eksametr na pytanie dotyczące tego, czy zrealizowany projekt polegał

na budowie, przebudowie czy też remoncie, w każdym przypadku udzieliło odpowiedzi przeczącej (skreślając słowo „tak").

W świetle powyższego Izba podziela stanowisko odwołującego, że Konsorcjum Eksametr składając oświadczenie w treści Wykazu osób, formalnie nie potwierdziło spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa wyżej.

Nie sposób zgodzić się za stanowiskiem zamawiającego, który twierdzi, że skoro nazwa zamówienia, wymienionego w treści Wykazu osób brzmi: „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 764 Kielce - Staszów wraz z budową obwodnic miejscowości Suków, Daleszyce", to już sama nazwa inwestycji wskazuje na rodzaj robót budowlanych, które były objęte nadzorem, tj. należy wywodzić, że wskazana osoba nabyła stosowne doświadczenie w nadzorze nad rozbudową. Zamawiający przywoływał także art. 3 ust. 3 ustawy Prawo budowlane (Dz.U. z 2021 r., poz. 2351), który stanowi, że pod pojęciem budowy należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego. W konsekwencji nie budziło wątpliwości zamawiającego, że wykonawca wskazując w wykazie nadzór nad inwestycją będącą rozbudową, wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczący kierownika kontraktu określony w Rozdziale X ust. 4 pkt 1 lit. b SWZ. Z kolei na rozprawie stwierdził, że skoro w treści formularza wykonawca nie miał możliwości zaznaczenia i wskazania, że sprawowany nadzór dotyczył rozbudowy, a do wyboru były jedynie budowa, przebudowa i remont to, chcąc być precyzyjnym, nie zakreślił żadnego z nich.

Takie stanowisko zamawiającego jest błędne, a przy tym zawiera szereg sprzeczności.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że oceniając dany dokument, składany przez wykonawcę w toku postępowania, zamawiający bierze pod uwagę jego literalne brzmienie. Nie budzi z kolei wątpliwości, że z treści Wykazu osób wynikało, że Pan W. H. nie nabył stosownego doświadczenia ani w sprawowaniu nadzoru nad budową, przebudową czy remontem (co stanowiło treść warunku udziału w postępowaniu). Z kolei sama nazwa projektu wskazuje wprawdzie na rozbudowę, jednakże sama nazwa inwestycji nie może być uznana za przesadzającą. Rację ma odwołujący, który zwracał uwagę na rozprawie, że często pod określoną nazwą zadania kryje się szereg robót innych, niż wskazywałby na to tytuł. Kluczowe dla oceny spełnienia warunku dotyczącego doświadczenia osoby jest to na czym polegały roboty, które ta nadzorowała, a w tabeli nie zawarto nawet szczegółowego zakresu realizowanego zamówienia, czy też opisu wykonywanych prac, które Pan W. H. nadzorował.

Stanowisko zamawiającego należy uznać jednocześnie za wewnętrznie sprzeczne. Jeśli bowiem z jednej strony twierdzi, że w treści formularza przekazanego przez niego wykonawcom nie było właściwej opcji, którą mógłby wybrać wykonawca Konsorcjum Eksametr, gdyż zadanie nie było ani budową, ani przebudową ani remontem, z drugiej natomiast przywołuje definicję budowy, wynikającą z art. 3 ust. 3 ustawy Prawo budowalne twierdząc, że pod tym pojęciem należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, czy nadbudowę obiektu budowlanego, to tym samym przyznaje, że jeśli zamówienie które wymieniło Konsorcjum Eksametr polegało na nadzorze nad rozbudową, to wykonawca ten powinien oświadczyć, że wskazana osoba nabyła doświadczenie w nadzorze nad budową (skoro pod tym pojęciem należy rozumieć również rozbudowę obiektu).

W konsekwencji Izba uznała, że skoro literalne brzmienie Wykazu osób wprost wskazuje na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to niezależnie od nazwy zamówienia, winno to wzbudzić wątpliwości zamawiającego w zakresie dotyczącym tego, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu odnośnie doświadczenia kierownika kontraktu określony w Rozdziale X ust. 4 pkt 1 lit. b SWZ. W konsekwencji zamawiający powinien co najmniej wezwać Konsorcjum Eksametr do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzut powyższy zasługiwał na uwzględnienie. Jednocześnie, w związku z tym, że uwzględniony został zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, a w konsekwencji oferta złożona przez Konsorcjum Eksametr podlega odrzuceniu, Izba orzekając w pkt 1 sentencji nie nakazała wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiotowym zakresie, gdyż byłoby to w tym przypadku zbędne.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) oraz §7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437).

Izba uwzględniła trzy, spośród czterech zarzutów sformułowanych w treści złożonego odwołania. Z uwagi na powyższe obciążyła kosztami postępowania odwołującego w części 1/4, zamawiającego w części 3/4. W poczet kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła kwotę 15 000,00 zł., uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 7 200,00 zł. poniesioną przez zamawiającego i odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników. O kosztach orzeczono, stosownie do wyniku sprawy, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 050,00 zł., stanowiącą jego uzasadnione koszty, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący : .....

Członkowie: .....