

Sygn. akt: KIO 357/14
Sygn. akt: KIO 363/14

WYROK
z dnia 14 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej: A. w dniu 24 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRDM S.A., PDM Godrom Sp. z o.o., ul. Wśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz**

B. w dniu 24 lutego 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Sieradza 190, 3-240 abno**

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa,**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Sieradza 190, 3-240 abno** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 357/14 po stronie odwołującego
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRDM S.A., PDM Godrom Sp. z o.o., ul. Wśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 363/14 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 357/14 oraz KIO 363/14 po stronie zamawiającego

1

orzeka:

- 1A. **Uwzględnić odwołanie o sygn. akt KIO 357/14 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1 zamówienia, wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokonanie czynności badania i oceny ofert w zakresie części 1 zamówienia.**
- 2A. Kosztami postępowania obciążyć **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRDM S.A., PDM Godrom Sp. z o.o., ul. Wśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **PRDM S.A., PDM Godrom Sp. z o.o., ul. Wśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

1B. Oddała odwołanie o sygn. akt KIO 363/14,

2B. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Sieradza 190, 3-240 abno** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Sieradza 190, 3-240 abno** tytułem wpisu od odwołania.

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

3

sygn. akt: KIO 357/14 KIO 363/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa, reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Krakowie, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Kompleksowe (letnie i zimowe) utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez 3 Rejony Dróg Oddziału w Krakowie GDDKiA w latach 2014-2018 - część 1*”.

Zamawiający dnia 13 lutego 2014 roku przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert i wykluczeniu wykonawców.

KIO 357/14

Dnia 24 lutego 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PRDM S.A., ul. Wiśniowieckiego 138; 33-310 Nowy Sącz oraz PDM GODROM Sp. z o.o., ul. Kołłątaja 5; 38-300 Gorlice (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum

PRDM”) wnieśli odwołanie

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie, a konieczność jego wniesienia uzasadnił naruszeniem interesu w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 7, art. 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dla części 1 przedmiotowego postępowania, powtórzenie czynności oceny ofert i odrzucenie oferty konsorcjum ZABERD, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym wybór oferty konsorcjum: PRDM S.A. z siedzibą w Nowym Sączu i PDM GODROM Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach.

Do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Sieradza 190, 3-240 abno.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Bezpieczeństwa

4

Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław.

Zamawiający w dniu 11 marca 2014 roku (przed posiedzeniem) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 363/14

Dnia 24 lutego 2014 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o., A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., ul. Sieradza 190, 3-240 abno (dalej „odwołujący” lub „konsorcjum NRR”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) czynności badania i oceny ofert wykonawców,
 - 2) czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. i Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o.,
 - 3) czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum: NRR Grupa POLDIM Sp. z o.o. i A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., a w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą,
 - 4) zaniechania dokonania czynności wykluczenia z postępowania konsorcjum: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. i Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o.
- Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
- 1) Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
 - 2) Art. 24 ust. 2 pkt. 2 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie konsorcjum: NRR Grupa Poldim Sp. z o.o. i A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., a w konsekwencji uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą, pomimo wniesienia przez tego wykonawcę przed upływem terminu składania ofert prawidłowego wadium,
 - 3) Art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. i Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., pomimo przedstawienia w ofercie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
 - 4) Art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia konsorcjum: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. i Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 13 lutego 2014 r., polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, a konsekwencji uznania oferty odwołującego za odrzuconą,

5

-
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez konsorcjum: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. i Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o.,
 - 3) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
 - 4) nakazanie zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu konsorcjum: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o.,
 - 5) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. oferty odwołującego,
 - 6) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym w szczególności wpisu oraz kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego zgłosili przystąpienie:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A., Przedsiębiorstwo DUBR Sp. z o.o., ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław,

- wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia PRDM S.A., PDM Godrom Sp. z o.o., ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz.

Zamawiający w dniu 11 marca 2014 roku (przed posiedzeniem) złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

KIO 357/14

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, zło one podczas rozprawy oraz w pismach procesowych Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

6

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany może liwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego, z analizy dokumentacji wynika, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia w rozdziale 8 określa, jakie dokumenty mają dostarczyć wykonawcy w celu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum ZABERD przedstawiło w ofercie:

- oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu,
- wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (kwalifikacje, doświadczenia i wykształcenie).

Wykonawca w formularzu 3.4 przedłożył potencjał kadrowy. Należy jednak zwrócić uwagę na okoliczność, iż zamawiający wymagał, aby osoba pełniąca funkcję koordynatora zimowego utrzymania dróg i bieżącego utrzymania dróg, spełniała warunki doświadczenia przez trzy sezony oraz przez jeden sezon na drodze co najmniej długości 30 km i klasie min. G. Wykonawca z kolei w zestawieniu tabelarycznym wskazał osobę Pani T..... S..... - W... i wymienił cztery przypadki „doświadczenia”, zarówno dla zimowego i bieżącego utrzymania dróg jednak tylko w jednym przypadku wskazał długość dróg (kompleksowe utrzymanie autostrady) na odcinku 87 km.

Jeżeli w zakresie „kompleksowego utrzymania” autostrady A4 wchodzi zarówno utrzymanie bieżące i zimowe to warunek został spełniony, jeżeli jednak nie, to wykonawca nie wskazał jednoznacznie długości drogi dla bieżącego i zimowego utrzymania. Oznacza to brak wykazania spełnienia warunku określonego w s.i.w.z. Ponadto, jak wynika z formularza 3.4, w umowie firmy ZABRED w zakresie utrzymania

autostrady wskazano, iż umowa ta wiąże również obecnie. Jeżeli tak, to niemożliwym jest pełnienie jednocześnie funkcji przewidzianej w bieżącym postępowaniu. Oznacza to, iż nieprawdziwa jest informacja o posiadaniu potencjału kadrowego niezbędnego do wykonania usługi objętej przetargiem. Potwierdzeniem braku posiadania potencjału kadrowego jest również ogłoszenie o poszukiwaniu osoby na stanowisko kierownika *Robót ds. letniego i zimowego utrzymania dróg - Oddział Nowy Sącz*. Z powyższego formularza nie wynika również, jaką osobą ta faktycznie pełniła funkcję, czy była to funkcja kierownika robót, czy też koordynatora.

W ocenie odwołującego, konsorcjum ZABRED nie wykazało spełnienia warunku w zakresie potencjału kadrowego i przedstawiło w tym zakresie nieprawdziwe informacje, co do posiadania takiego potencjału

7

Kolejne wymogi udziału w postępowaniu zostały określone w s.i.w.z. w dziale 7.2 pkt. 3 ust. 6 a i b, tj.:

- doświadczenie w organizowaniu, kierowaniu lub nadzorowaniu zimowego utrzymania;
- doświadczenie w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu bieżącego utrzymania;

Wykonawca z kolei w zestawieniu tabelarycznym dla osoby Pani T..... S..... -

W.....wskazał, co następuje:

- a) kierownik robót/koordynator bieżącego utrzymania dróg,
- b) kierownik robót/koordynator zimowego utrzymania dróg,
- c) koordynator główny zadania kompleksowe utrzymanie autostrady.

Wykonawca nie wskazał zatem, aby ta osoba miała doświadczenie w zakresie „organizowania”. Ponadto należy zwrócić uwagę na użycie w wymogach spójniki „lub” oraz „i”:

- a) kierowaniu lub nadzorowaniu zimowego utrzymania,
- b) kierowaniu i nadzorowaniu bieżącego utrzymania.

Zatem w obu przypadkach elementem wymaganym jest doświadczenie w organizacji i kierowaniu. Wobec niespełniania wymogów przez wskazaną osobę stwierdzić należy niespełnienie warunku przez wykonawcę.

Dodatkowo, w jedynym tylko przypadku wykonawca wskazuje doświadczenie w „koordynacji” zadania, gdzie podano długość drogi, na której czynności były wykonywane.

Natomiast zamawiający wprost wskazuje, i osoba ta ma wykazać się doświadczeniem na co najmniej jeden sezon w organizowaniu, kierowaniu lub/i nadzorowaniu zimowego/bieżącego utrzymania na drodze długości co najmniej 30 km i klasie G.

Wykonawca wskazuje tu tylko, i osoba ta posiada doświadczenie w koordynowaniu.

Zgodnie z przeznaczeniem formularza 3.2. wykonawcy, jako przedsiębiorcy winni byli wykazać doświadczenie. Zgodnie z treścią oferty, z zakresu doświadczenia wskazano (na str. 26 i 27) doświadczenie konsorcjum POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., POL-DRÓG Dolny ŚLĄSK Sp. z o.o., ZABRED S.A. W tych dokumentach wskazano jednak „Usługi i roboty były wykonane przez Podwykonawców”. Oznacza to, i nawet jeżeli ZABRED formalnie był stroną umowy, to faktycznie nie był realizatorem zadań wynikających z umowy i nie może na przypisać mu nabycia doświadczenia. Należy zwrócić uwagę, i przedmiot umowy nie jest ujęty w KRS wybranego wykonawcy. Potwierdzeniem, i wybrane konsorcjum nie realizuje samodzielnie takich zleceń, a tak nie ma potencjału do ich realizacji, jest zapytanie skierowane do członka odwołującego się konsorcjum z prośbą o przedstawienie oferty na wykonanie prac zgodnie z przedmiarem robót.

Ponadto Konsorcjum ZABRED nie spełniło również wymogu s.i.w.z. w zakresie dysponowania środkami finansowymi, których zgodnie z dokumentacją wysokość postępowania pkt. 7 ppkt 4 lit. b winna wynosić 2 mln zł. Zgodnie z danymi z opinii bankowej

przedstawionej przez konsorcjum ZABRED wysokość środków w dyspozycji konsorcjum wynosi faktycznie 1.856.448,77 zł wobec wykorzystania środków w pozostałym zakresie.

Niespełniony pozostaje również wymóg s.i.w.z. w zakresie potencjału technicznego określony w pkt 7.2 ppkt. 3 lit a, gdy przedstawiona w ofercie wytwórnia typu WMB-30 MADRO 30, w zakresie której zobowiązanie do udostępnienia złożyła forma ReDrog nie wytwarza mieszanek typu SMA, co było żądane przez zamawiającego. Pozostała wytwórnia znajduje się zaś poza zasięgiem umożliwiający jej prawidłowe wykorzystanie.

Przystępujący – po stronie odwołującego wykonawca – konsorcjum NRR, poparł w całości stanowisko odwołującego.

Zamawiający wymagał, aby wykonawca przedstawił wraz z ofertą osobę do pełnienia funkcji Koordynatora zimowego utrzymania dróg i Koordynatora bieżącego utrzymania dróg przy czym dopuścił, że może to być jedna osoba, pod warunkiem posiadania przez nią łącznego doświadczenia wymaganego dla tych dwóch stanowisk. Wymagania dla tych stanowisk były następujące:

- Koordynator zimowego utrzymania dróg - osoba z doświadczeniem w organizowaniu, kierowaniu lub nadzorowaniu zimowego utrzymania dróg, obejmującym minimum trzy sezony zimowe, w tym co najmniej jeden sezon zimowy na drodze o długości co najmniej 30 km i klasie: min G,
- Koordynator bieżącego utrzymania dróg - osoba z uprawnieniami do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej i doświadczeniem w organizowaniu, kierowaniu i nadzorowaniu prac bieżącego utrzymania dróg, obejmujące minimum trzy sezony, w tym co najmniej jeden sezon na drodze długości co najmniej 30 km i klasie min G.

Konsorcjum ZABRED w swojej ofercie wykazało Panią T..... S..... - W....., osobę proponowaną do pełnienia funkcji Koordynatora zimowego utrzymania dróg i Koordynatora bieżącego

ącego utrzymania dróg posiadającą uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno budowlanej, w zakresie których mieszczą się uprawnienia do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w zakresie dróg i mostów bez ograniczeń.

Zdaniem zamawiającego, T..... S..... - W..... posiada równie wymagane przez zamawiającego doświadczenie, była w latach:

- 2007-2011 - koordynatorem bie ącego utrzymania dróg - 5 sezonów letnich 2006/2007 - 2010/2011 koordynatorem zimowego utrzymania - 5 sezonów zimowych
- od października 2012 do obecnie - koordynatorem głównego zadania utrzymaj standard/kompleksowe utrzymanie autostrady A-4 - 2 sezony zimowe i 1 letni, Dotyczy to „Kompleksowego utrzymania autostrady A- 4 na odcinku od km 193+965 do km 281+686 wraz z węzłami, MOP-ami i obiektami in ynieryjnymi” - drogi objętej

9

utrzymaniem przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Opolu.

Zakres robót obejmuje zarówno zimowe jak i bie ące utrzymanie dróg.

W ocenie zamawiającego nie ma podstaw do stwierdzenia, e konsorcjum ZABERD nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego.

Odnosnie wykazania się referencjami w zakresie doświadczenia uzyskanego przez konsorcjum POL-DRÓG Piła Sp. z o.o., POL-DRÓG Dolny Śląsk Sp. z o.o., ZABERD S.A., to zamawiający stwierdził, e po wykonaniu zamówienia ka dy z konsorcjantów mo e ubiegać się o uzyskanie referencji. W odró nieniu od podwykonawcy, ka dy członek konsorcjum ma prawo uzyskać referencje za zrealizowanie całości zamówienia. Jest to bardzo korzystne z punktu widzenia szans uzyskania w przyszłości kolejnych zamówień publicznych.

Zarzut dotyczący nie spełniania warunku w zakresie posiadania odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej umo liwiającej realizację przedmiotowego zamówienia jest zdaniem zamawiającego niezasadny. Jednym z warunków udziału w postępowaniu jest - stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - między innymi sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy. Zamawiający wymagał, w Ogłoszeniu o zamówieniu (pkt. III.2.2) oraz w s.i.w.z. (pkt 7.2.4b Instrukcji dla Wykonawców), aby wykonawca wykazał, i posiada zdolność kredytową na poziomie, co najmniej 2.000.000 zł. Zgodnie z przepisem § 1 ust. 1 pkt 9 rozporządzenia PRM z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich mo e ądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, w celu oceny spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy powinni zło yć informację z banku, lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, przy czym dokument ten powinien być wystawiony nie wcześniej ni 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Konsorcjum ZABERD na potwierdzenie spełniania tego warunku zło ył oświadczenie

(Formularz 3.6. - strona 32 Oferty), e posiada zdolność kredytową w kwocie 4.500.000,00 zł i na dowód tego przedstawił Opinię bankową, wystawioną przez HSBC Bank Polska S.A., w dniu 18.11.2013 r. (termin składania ofert przypadał na 10.12.2013r.). Ww. opinia bankowa zawiera informacje o posiadanych rachunkach bie ących, wysokości salda na tych rachunkach oraz o posiadanych kredytach: w rachunku bie ącym z limitem w wysokości 3.200.000,00 zł i kredycie odnawialnym z limitem w wysokości 1.751.000,00 zł, zawiera również stwierdzenie, e: „HSBC Bank Polska S.A. udostępnił Klientowi limity o charakterze kredytowym na kwoty przewy szające 4.500.000,00 zł, co w rozumieniu art. 70 ustawy Prawo Bankowe świadczy o posiadaniu przez Klienta zdolności kredytowej na wskazanym kwotowo poziomie”. W ocenie zamawiającego, z opinii tej wynika więc jednoznacznie, e spółka ZABERD posiada zdolność kredytową na wymaganym przez zamawiającego

10

poziomie. Gdyby zadłu enie na rachunku spółki ZABERD, stanowiło zdaniem Banku przeszkodę w uzyskaniu kredytu, treść opinii wyraźnie by to wskazywała.

Metoda oceny zdolności kredytowej przyjęta przez bank nie mo e stanowić przedmiotu badania przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji weryfikacji oceny spełniania warunków udziału w tym postępowaniu (wyrok KIO sygn. akt KIO/UZP 1553/10). W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istotne

jest, e niezależnie od rodzaju przedsięwzięcia dany wykonawca posiada stosowne finansowe pozwalające mu na uzyskanie potencjalnego, lecz zabezpieczenie nieskonkretyzowanego kredytu bankowego.

Zgodnie z definicją zdolności kredytowej, określonej w art. 70 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. t.j. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.) Izba stwierdziła, e definicji tej wprost nie można stosować w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści art. 70 ust. 1 zdanie drugie ustawy Prawo bankowe wynika, e przez zdolność kredytową rozumie się zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. Powyższa definicja ustawowa nie może mieć wprost przełożenia na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dotyczącą zdolności finansowej, czy ekonomicznej wykonawcy. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie musi w tym postępowaniu, wykazując, e spełnia określone warunki udziału w postępowaniu, wykazywać się faktyczną możliwością zaciągnięcia określonego kredytu bankowego, tj. nie musi wykazywać, e określony konkretny kredyt zostanie mu udzielony przez bank. Wystarczającym dla stwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie jest wskazanie przez bank potencjalnej zdolności kredytowej określonego podmiotu, odnoszącej się do konkretnej kwoty. Powyższe nie oznacza, e kredyt w określonej wysokości zostanie wykonawcy przyznany, bowiem nie określa się w tym zakresie ani przedmiotu, ani zakresu, ani też celu kredytowania określonej inwestycji, przedsięwzięcia, czy jakiegoś projektu. Wykonawca, chcąc uzyskać określony kredyt w trybie wskazanym w ustawie Prawo bankowe musi w tym celu przedłożyć określone dokumenty potwierdzające realność spłaty kredytu przy opisie konkretnego przedsięwzięcia, którego dany kredyt dotyczy. Natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest, e niezależnie od rodzaju przedsięwzięcia dany wykonawca posiada stosowne zabezpieczenie finansowe pozwalające mu na uzyskanie potencjalnego, lecz nieskonkretyzowanego kredytu bankowego.

Uwzględniając powyższe, zdaniem zamawiającego, nie zasługuje na uwzględnienie zarzut złożenia nieprawdziwego oświadczenia w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W ocenie zamawiającego bezzasadny jest również zarzut dotyczący nie spełniania przez konsorcjum ZABERD warunku w zakresie potencjału technicznego. Zamawiający na

11

potwierdzenie spełnienia tego warunku wymagał w s.i.w.z. (pkt 7.2.pkt 3 Instrukcji dla Wykonawców) między innymi dysponowania wytwórnią mieszanki mineralno - bitumicznej w ilości sztuk 1. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wymagany był wykaz sprzętu, według wzoru określonego Formularzem 3.3, w którym należało wpisać: opis urządzenia, ilość jednostek, formę posiadania. Zamawiający wymagał, aby wykonawca dysponował jednostkami sprzętowymi wystarczającymi do realizacji zamówienia, natomiast nie wymagał, aby wytwórnia znajdowała się w odległości technologicznie uzasadnionej od miejsca wykonywania robót. Nigdzie w dokumentacji taki warunek nie był zawarty. Pośrednio warunek taki wynika ze Szczegółowej Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, stanowiących część s.i.w.z., gdy wymóg wydolenia mieszanki mineralno - bitumicznej, aby dopuszczalna temperatura wbudowania mas bitumicznych wynosiła 140° C, wynika z odnośnej normy technicznej PN-EN 12697:2005 i PN-EN 12697:2005. Wymagana wytwórnia mas bitumicznych - to sprzęt (maszyna spełniająca takie funkcje), nadający się do przemieszczania na odpowiednią odległość od miejsca prowadzenia robót i urządzenia zaplecza magazynowego. Przepis art. 29 ust. 1 pkt 24 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.) przewiduje, e pozwolenia na budowę nie wymagają nawet obiekty, przeznaczone do czasowego użytkowania, położone na terenie budowy. Na wykonawcy spoczywa obowiązek uzyskania decyzji środowiskowej, dopuszczającej daną wytwórnię do eksploatacji. Odwołujący nie może powoływać się na nie spełnienie warunku dotyczącego lokalizacji wytwórni, który wprost nie został postawiony, jako warunek udziału w postępowaniu. Jeżeli odwołujący uważa, e warunek taki powinien zostać wskazany, miał możliwość wniesienia odwołania do zapisów s.i.w.z.

Konsorcjum ZABERD wskazało dysponowanie dwoma wytwórniami mas bitumicznych: jedną w miejscowości Porąbka Łukowska (zobowiązanie firmy ReDrog S.C.), pozwalającą na utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon Nowy Sącz, drugą udostępnioną przez firmę Berger Bau Polska S.A., bez określenia miejsca lokalizacji tej wytwórni. Z uwagi na to, e firma Berger Bau Polska S.A. posiada kilka wytwórni mas bitumicznych, w tym np.

w miejscowości Luszowice k/Chrzanowa (tj. około 150 km od Nowego Sącza), zamawiający nie miał wystarczających podstaw do kwestionowania spełniania warunku.

Odwolujący błędnie przyjmuje, że lokalizacja i parametry wytwórni, były niezbędnym do spełnienia warunkiem udziału w postępowaniu. W ramach niniejszego postępowania warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego było m. innymi wykazanie się dysponowaniem 1 sztuką wytwórni mieszanki mineralno-bitumicznej. Należy odróżnić spełnianie warunków udziału w postępowaniu od wypełniania warunków na etapie realizacji danego zamówienia. Złożył przez konsorcjum ZABERD z ofertą Formularz 3.3. wraz z załączonymi zobowiązaniami podmiotów trzecich, stanowi wystarczający i wiarygodny dokument, że konsorcjum ZABERD dysponuje wymaganą wytwórnią mas bitumicznych.

12

Według zamawiającego, nie ma podstaw do stwierdzenia, że konsorcjum ZABERD nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym.

Przystępujący – po stronie zamawiającego wykonawca – konsorcjum ZaberD, poparł stanowisko zamawiającego w całości.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne. Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący braku wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, uznając jednocześnie pozostałe zarzuty za bezzasadne.

W zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Izbę, Izba w całości popiera stanowisko prezentowane przez zamawiającego uznając je za własne. Dodatkowo Izba wskazuje, że odwołujący, w tym zakresie nie przedłożył żadnego wiarygodnego dowodu, który potwierdzałby zasadność stawianych zarzutów. W ocenie Izby z faktu, że konsorcjum ZaberD ogłosiło wakant na stanowisko koordynatora w zakresie przedmiotowego zamówienia oraz że zwracało się do odwołującego o przedstawienie oferty handlowej na świadczenie usług obejmujących przedmiot niniejszego postępowania przetargowego, nie można wywieść okoliczności, na które wskazuje odwołujący, a mianowicie, że takie działania wykonawcy świadczą o złożeniu przez tego wykonawcę nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Działalność biznesowa wykonawcy, mimo, że związana z przedmiotem zamówienia nie można dyskwalifikować wykonawcy z udziału w tym postępowaniu, gdy istotnym jest stwierdzenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i czy wykazał ich spełnienie składając odpowiednie dokumenty i oświadczenia. Odwołujący nie udowodnił, że osoba zgłoszona przez konsorcjum ZaberD nie będzie mogła świadczyć usługi na przedmiotowym kontrakcie. Faktem jest, co potwierdził również przystępujący konsorcjum ZaberD (składając jako dowód umowę z dnia 17 sierpnia 2012 roku, Nr R-2/26-420-02/12), że wskazana w przedmiotowym postępowaniu osoba pełni analogiczne funkcje na innym kontrakcie do 17 sierpnia 2016 roku. Jednakże odwołujący nie mógł przyjąć, że konsorcjum ZaberD nie skieruje w drodze służbowej wskazanej osoby do wykonywania usług na przedmiotowym kontrakcie jednocześnie kierując do realizacji ww. umowy inną osobą. W tym zakresie zarzuty odwołującego uznać należy jako domniemania i hipotetyczne założenia. Z całą mocą Izba podkreśla, że powyższe nie można zostać zakwalifikowane jako złożenie nieprawdziwej informacji, gdy na etapie oceny ofert informacja podana przez konsorcjum ZaberD nie wprowadzała, celowo i świadomie, zamawiającego w błąd.

Za niezasadne Izba uznała również twierdzenia odwołującego, że konsorcjum ZaberD nie nabył doświadczenia, gdy referencyjną usługę wykonywał przy udziale podwykonawców.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić, gdyż ustawa - Prawo zamówień publicznych dopuszcza możliwość posługiwania się podwykonawcami w realizacji usługi,

13

jednocześnie nie przypisując tym wykonawcom (podwykonawcom) przymiotu strony umowy. Powyższe oznacza, że podmiot posługujący się w wykonywaniu prac podwykonawcami, może i w tym zakresie ma pełne prawo do legitymowania się pracami wykonywanymi przez podwykonawców - jak własnym doświadczeniem. Wynika to z faktu odpowiedzialności wykonawcy za działania podwykonawcy i jego bezpośrednim nadzorem nad wykonywanymi pracami.

Uwagę odwołującego, że „przedmiot umowy nie jest ujęty w KRS wybranego wykonawcy” Izba pozostawiła bez komentarza, uznając powyższe stwierdzenie jedynie za uwagę, a nie

merytoryczny zarzut.

Odnosząc się do zarzutu uznanego przez Izbę za zasadny, wskazać należy, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówieniaądał wykazania się przez wykonawców dysponowaniem własnymi środkami finansowymi (dopuszczalne było wykazanie środków z kredytu) i/lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej niż 2 mln zł.

Na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy mieli obowiązek złożyć informację z banku, lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy.

Konsorcjum ZABERD na potwierdzenie spełniania tego warunku złożyło oświadczenie, że posiada zdolność kredytową w kwocie 4.500.000,00 zł i na dowód tego przedstawił Opinię bankową, wystawioną przez HSBC Bank Polska S.A., wystawioną w dniu 18 listopada 2013 r., aktualną na dzień 13 listopada 2013 roku.

Izba zwraca uwagę, że dokument powyższy należy odczytywać całościowo, bez pomijania jakichkolwiek twierdzeń z niego wynikających. Dlatego też, w ocenie Izby z dokumentu powyższego nie wynika, że konsorcjum ZaberD spełnia warunek dotyczący jego sytuacji finansowej w zakresie minimum określonego przez zamawiającego na 2 mln zł.

Świadczą

o tym następujące fakty.

1. Jak wskazano w opinii saldo rachunku bieżącego przedstawia kwotę ujemną w wysokości 3.094.551,23 zł,
2. W opinii podano, iż zawarto w podmiocie ZBRD „ZABERD” S.A. umowę kredytu w rachunku bieżącym nr 24/2007 z dnia 26 czerwca 2007 r., z przyznanym limitem w wysokości 3.200.000,00 zł.
3. W opinii podano, iż zawarto w podmiocie ZBRD „ZABERD” S.A. umowę o kredyt odnawialny nr 25/2007 z dnia 18 czerwca 2007 r., z przyznanym limitem w wysokości 1.751.000,00 zł.
4. W opinii podano (w sekcji komentarz), że bank udostępnił Klientowi limity o charakterze kredytowym na kwoty przewyższające 4.500.000,00 PLN, co w rozumieniu art. 70

14

ustawy – Prawo bankowe, świadczy o posiadaniu przez Klienta zdolności kredytowej we wskazanym kwotowo poziomie.

Analizując powyższe informacje, Izba doszła, do przekonania, że w sekcji komentarz przedmiotowej opinii bank potwierdził wcześniej podane informacje dotyczące limitów kredytowych wskazując, iż przekraczają one kwotę 4.500.000,00 zł, gdy sumując kwotę 3.200.000,00 zł i 1.751.000,00 zł otrzymujemy wartość 4.951.000,00 zł, czyli kwotę przekraczającą 4.500.000,00 zł. Odrębną i decydującą kwestią jest okoliczność, że część z przyznaných limitów kredytowych wykonawca już wyczerpał i jest to kwota 3.094.551,23 zł. Z prostych działań arytmetycznych wynika więc, że wykonawca, na dzień 13 listopada 2013 roku dysponował zdolnością kredytową w wysokości 1.856.448,77 zł. Tym samym nie spełnił warunku postawionego przez zamawiającego, określonego na minimum 2.000.000,00 zł. Izba wskazuje, że przystępujący konsorcjum ZaberD, na etapie rozprawy nie przedstawił dowodu przeciwnego, w szczególności pisma z banku, które potwierdzałoby słuszność interpretacji poczynionej przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba wskazuje, że konsorcjum ZaberD nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Odwołujący stawia zarzut daleko idący, wykluczeniem wykonawcy skutkujący z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jednakże Izba zwraca uwagę na pierwszeństwo zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tym samym, w ocenie Izby zamawiający powinien wezwać konsorcjum ZaberD do uzupełnienia brakującego dokumentu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie brakującej kwoty środków finansowych lub zdolności kredytowej. Dopiero niewłaściwe, nieterminowe uzupełnienie brakującego dokumentu lub nieprzekazanie adnego dokumentu skutkować może wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, w szczególności mając na względzie przepis art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiący, że Izba uwzględni odwołanie jeżeli się stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia - orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

KIO 363/14

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak równie biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz

15

uczestników postępowania odwoławczego, zło one podczas rozprawy oraz w pismach procesowych Izba stwierdziła, i odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany może ilością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, co następuje.

Zarzuty odnośnie niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, wykluczenia z przetargu odwołującego. Powodem wykluczenia odwołującego było zdaniem zamawiającego

dokument niewniesienie - do upływu

składania ofert - prawidłowego wadium, gdy

gwarancyjny przedło ony przez odwołującego mimo, że wystawiony w imieniu Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego ERGO HESTIA S.A. został podpisany przez Prezesa Zarządu firmy allrisks Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że zamawiający nie wziął jednak pod uwagę, i dokument ten został podpisany przez agenta ubezpieczeniowego działającego w oparciu o stosowne regulacje prawne. Jak wynika z ustaw i rozporządzeń pośrednictwo ubezpieczeniowe (zgodnie z art. 2 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym), polega na wykonywaniu przez pośrednika (agenta ubezpieczeniowego lub brokera ubezpieczeniowego) za wynagrodzeniem czynności faktycznych lub czynności prawnych związanych z lub umów Agentem zawieraniem wykonywaniem ubezpieczenia. ubezpieczeniowym, zgodnie z art. 7 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, jest przedsiębiorca (zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. - o swobodzie działalności gospodarczej - Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.), wykonujący działalność agencyjną na podstawie umowy agencyjnej zawartej z zakładem ubezpieczeń i wpisany do rejestru agentów ubezpieczeniowych. Zatem za agentów ubezpieczeniowych uznaje się osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą i spółki prawa handlowego, które podpisały umowy agencyjne z zakładami ubezpieczeń i zostały wpisane do Rejestru agentów ubezpieczeniowych. Agent ubezpieczeniowy wykonuje czynności w imieniu lub na rzecz zakładu ubezpieczeń, zwane "czynnościami agencyjnymi" wyłącznie przy pomocy osób fizycznych spełniających łącznie warunki określone w art. 9 ust. 1 ww. ustawy.

Zamawiający bez żadnych problemów mógł więc zweryfikować uprawnienie allrisks sp. z o.o. do podpisania dokumentu gwarancyjnego w Rejestrze Agentów Ubezpieczeniowych prowadzonym przez Komisję Nadzoru Finansowego (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Finansów z 18 września 2006 r.). Z rejestru tego jednoznacznie wynika, że agent ten ma

16

prawo podpisywać w imieniu Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeniowego ERGO HESTIA S.A. gwarancje ubezpieczeniowe do kwoty 5.000.000,00 zł.

Powyższą okoliczność Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe ERGO HESTIA S.A. potwierdza w całej rozciągłości, w tym zarówno fakt udzielenia stosownego pełnomocnictwa firmie allrisks sp. z o.o. jak również swoje zobowiązanie do wypłaty kwoty gwarancyjnej na pierwsze żądanie zamawiającego bez jakiegokolwiek uzasadnienia. Jedynie na marginesie należałoby jeszcze stwierdzić, że zamawiający otrzymując dokument gwarancyjny podpisany

załączania przez np. kierownika

oddziału firmy ubezpieczeniowej czy banku, nie ąda pełnomocnictw upowa niających do podpisania takich dokumentów (bez zastrze eń przyjmując, e są to osoby upowa nione do składania oświadczeń woli w imieniu gwaranta).

Zdaniem odwołującego zamawiający nie miał adnych podstaw do wykluczenia odwołującego, gdy przedstawiony dokument gwarancyjny spełniał wszystkie ustawowe wymogi i w pełni zabezpieczał interes zamawiającego. Co za tym idzie, zamawiający powinien ewentualnie wezwać na zasadzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do zło enia w oryginałach oświadczeń i dokumentów wymienionych w piśmie z dnia 13 lutego 2014 r., a po uzupełnieniu ocenić ofertę odwołującego.

Zarzuty odnośnie niezgodnego z przepisami ustawy Pzp, wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum ZABERD S.A. Jednym z wymagań zamawiającego stawianych wykonawcom było dysponowanie własnymi środkami finansowymi i/lub zdolnością kredytową w wysokości nie mniejszej ni 2 mln PLN. Oczywistym jest, i warunek ten narzucał obowiązek posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienia mo liwości skorzystania w ka dej chwili ze środków finansowych w wysokości do 2 mln zł, a nie wykazania, e wykonawca posiada kredyt w takiej lub nawet większej kwocie, który został wykorzystany na inne cele. Konsorcjum ZABERD wykazało w opinii bankowej HSBC, i ma zaciągnięte 2 kredyty - w rachunku bie ącym i kredyt odnawialny, pierwszy w wysokości 3.200.000 zł a drugi 1.751.000 zł, co łącznie daje wartość 4.951.000,00 zł. Ale z tej samej informacji wynika, i z tych e kredytów zostało ju wykorzystane 3.094.551,23 zł. W wyniku prostych działań matematycznych mo na obliczyć, i pozostaje do dyspozycji jedynie kwota 1.856.448,77 zł, co automatycznie wskazuje na nie spełnienie przez konsorcjum ZABERD warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. W razie potrzeby uruchomienia środków finansowych w wysokości 2 mln zł na poczet realizacji zamówienia objętego przetargiem nie będzie to mo liwe. Okoliczność powy sza istotna sama w sobie, dodatkowo jest wzmocniona faktem, i lider konsorcjum firma ZABERD, znajduje się obecnie w bardzo trudnej sytuacji finansowej, na co wskazują chocia by opinie zarządu spółki z listopada 2013 roku, gdzie zarząd tej e spółki wskazuje na konieczność konwersji wierzytelności z tytułu zaciągniętej po yczki na akcje, gdy w przeciwnym wypadku zachodzą przesłanki do ogłoszenia upadłości spółki. Powy sza okoliczność

17

uzasadnia twierdzenie o nieprawdziwości oświadczenia, i konsorcjum ZABERD znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej umo liwiającej realizację zamówienia będącego przedmiotem niniejszego przetargu.

W wykazie „potencjał kadrowy - osoby zdolne do wykonywania zamówienia” konsorcjum ZABERD, wskazało na stanowisko kierownika robót drogowych - Krzysztofa Karpińskiego nieposiadającego uprawnień do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej. Na wezwanie zamawiającego do zło enia wyjaśnień, czy osoba ta posiada uprawnienia zgodne z wymaganiami określonymi w s.i.w.z., konsorcjum ZABERD stwierdziło, i osoba ta uprawnień takich nie posiada oraz w związku z tym na stanowisko kierownika robót drogowych proponuje innego pracownika.

W powy szej sytuacji odwołujący wskazał, a 3 uchybienia zaistniałe w wyniku działań konsorcjum ZABERD, a mianowicie:

- a) na chwilę składania ofert pomimo podpisania oświadczenia o spełnieniu wszystkich wymogów przewidzianych s.i.w.z., osoba wskazana na kierownika robót drogowych nie posiadała stosownych uprawnień, tak więc nie wszystkie warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione;
- b) Konsorcjum ZABERD w piśmie z dnia 30.01.2014 r., „proponuje” inną osobę na stanowisko kierownika robót drogowych, ale *de facto* nie dokonuje takiej zamiany. Trudno wywodzić, i taka zmiana została dokonana, gdy nie została zło ona nowa tabela formularza 3.4 będąca elementem składowym oferty, w której wskazane są osoby pełniące określone funkcje. Tak więc na chwilę obecną mamy do czynienia z propozycją zamiany osoby, ale nadal w formularzu ofertowym figuruje osoba nie spełniająca warunków w zakresie posiadania uprawnień do kierowania robotami drogowymi (tj. Krzysztof Karpiński). Aby takiej zamiany dokonać w pierwszej kolejności nale ało bowiem zmienić załącznik do oferty z wykazem osób - tabela formularza 3.4; c) Konsorcjum ZABERD w odpowiedzi na pismo

z

ądaniem zło enia wyjaśnień samodzielnie dokonało zmiany w wykazie osób mających pełnić określone w s.i.w.z.

funkcję. Tymczasem Krajowa Izba Odwoławcza w dotychczasowym orzecznictwie prezentuje stanowisko, uznające niedopuszczalność samodzielnego uzupełniania dokumentów przez wykonawcę po upływie terminu do składania ofert lub wniosków. KIO zwraca zatem uwagę nie tyle na nielegalność czynności podejmowanych przez wykonawcę, ile na brak możliwości wywołania zamierzonych przez niego skutków prawnych (KIO 1521/11).

Ostatni z zarzutów dotyczący braku potwierdzenia przez konsorcjum ZABERD spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w s.i.w.z. dotyczy posiadania (dysponowania) potencjału technicznego. Zamawiający, ądał od wykonawców wykazania dysponowania wytwórnią mieszanki mineralno - bitumicznej dla celów m. in. remontów

18

nawierzchni betonem asfaltowym SMA. W celu wykazania spełnienia tego warunku konsorcjum ZABERD przedstawiło zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy ReDrog o udostępnieniu Wytwórni typ WMB-MADRO 30, która to wytwórnia nie posiada możliwości wytwarzania mieszanek typu SMA. Co prawda przedstawione jest również zobowiązanie udostępnienia wytwórni Benninghoven typ 240 przez firmę Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, co do której odwołujący nie posiada informacji czy ma ona możliwość produkowania mieszanki SMA. Jednak nie pamiętać należy, iż zamówienie będące przedmiotem przetargu dotyczy utrzymania kompleksowego dróg krajowych w rejonie Nowego Sącza oddalonego od Wrocławia ponad 380 kilometrów, co powoduje, iż czas przewiezienia masy wynosiłby przy sprzyjających warunkach co najmniej 6 godzin. Pamiętać przy tym należy, iż masa przed wbudowaniem powinna utrzymywać temperaturę powyżej 140 stopni Celsjusza, co przy takich odległościach przewozowych uznać należy za niemożliwe do wykonania.

Nawet jeśli by pominąć powyższe okoliczności to stwierdzić należy, iż przedstawione przez konsorcjum ZABERD zobowiązanie podmiotu trzeciego jest wadliwe i powinno co najmniej być uzupełnione na wezwanie zamawiającego, co nie miało jednak miejsca. Wadliwość tych oświadczeń wynika z faktu, iż w załączonych zobowiązaniach Firm: ReDrog i BergrBau nie ma w ogóle oświadczenia, że są to wytwórnie spełniające wymogi Specyfikacji Technicznych (która jest pełnoprawną częścią SIWZ) i powinny być przedmiotem dalszego wyjaśniania przez zamawiającego.

Ponownie należy zatem podkreślić, iż udostępniana przez firmę ReDrog Wytwórnia Mas WMB-30 MADRO 30 nie posiada automatycznego dozowania włókien mastyksowych, a taki wymóg jest zawarty w ST-41.08.02 i z posiadanych przez odwołującego informacji nie produkuje na dzień złożenia zobowiązania masy mastykowo - grysowej (SMA), co jest wymogiem niezbędnym do spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odnosnie zaś wytwórni udostępnianej przez Firmę BergerBau wskazać należy, iż zamawiający w Rozdziale 10 Specyfikacji Technicznej podaje przepisy związane (ST-41.08.02) i powołuje się między innymi na:

- a) normę PN-EN 12697:2005 - mieszanki mineralno-asfaltowe. Metody badań mieszanek mineralno-asfaltowych na gorąco. Część 10: Zagęszczalność,
- b) normę PN-EN 12697:2005 - mieszanki mineralno-asfaltowe. Metody badań mieszanek mineralno-asfaltowych na gorąco. Część 13: Pomiar temperatury, oraz wytyczne projektowe dla nawierzchni asfaltowych i kruszyw: WT-1:2010 Kruszywa - Wymagania Techniczne; Kruszywa do mieszanek mineralno - asfaltowych i powierzchniowych utrwaleń na drogach publicznych, WT-2:2010 Nawierzchnie asfaltowe - Wymagania Techniczne; Nawierzchnie asfaltowe na drogach publicznych (dot. części wykonywanej i

19

odbiorowej), WT-2:2010 Nawierzchnie asfaltowe - Wymagania Techniczne; Nawierzchnie asfaltowe na drogach publicznych (dot. części projektowej MMA).

Wskazane powyżej przepisy określają m.in. jaką powinna być dopuszczalna temperatura wbudowania mas bitumicznych tj. 140 st. C. Z powodu nie wskazania konkretnej lokalizacji przez BergerBau należy domniemywać, iż masa bitumiczna będzie transportowana z okolic Wrocławia tj. z odległości ok. 380 km do miejsca wbudowania. Co prawda wymogiem s.i.w.z. było również posiadanie samochodu specjalistycznego do jej przewozu (pojazd specjalistyczny do przewozu masy bitumicznej o poj. 3 m³ - jednak nie również co do tego

ZABERD posługuje

zobowiązaniem podmiotu trzeciego, tj. Firmy ReDrog co do pojazdu typ HYDROG TR-4H oraz Berger Bau co do pojazdu typ 2636 K Actros, Vorgelegewelle MB 2C, jednak z dostępnych odwołującemu informacji technicznych wynika, że samochody wykazane w zobowiązaniach nie są w stanie przewieźć mas bitumicznych na taką odległość bez spadku temperatury poniżej wymaganej w ST. Co za tym idzie konieczne są co najmniej dalsze wyjaśnienia ze strony zamawiającego w tej kwestii, gdy na dzień składania ofert wykazany potencjał techniczny konsorcjum ZABERD, z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością nie spełnia warunków udziału w niniejszym postępowaniu. Nadto zwrócić należy uwagę na fakt, że sam koszt transportu masy na ww. odległości zdecydowanie przewyższa cenę jednostkową podaną przez konsorcjum ZABERD w kosztorysie za wyprodukowanie, dostarczenie i wbudowanie jednej tony masy.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podnosząc analogiczną argumentację, w zakresie zarzutów zbitych z zarzutami odwołującego w sprawie KIO 357/14, dodatkowo argumentując, że przyczyną odrzucenia oferty odwołującego było niewniesienie - do upływu terminu składania ofert - prawidłowego wadium, albowiem gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez odwołującego, w której jako gwaranta wskazano Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A., została podpisana przez Prezesa Zarządu spółki działającej pod firmą allrisks sp. z o.o., a brak było jakichkolwiek danych w treści gwarancji lub jakiegokolwiek załączonego dokumentu wskazującego, że spółka działa jako agent ubezpieczeniowy. Dokument gwarancji wadium, stanowiącej gwarancję ubezpieczeniową, wobec wątpliwości, co do podmiotu wystawiającego gwarancję, nie spełniał wymogów. Zamawiający podkreślił, że gwarancja ubezpieczeniowa jest czynnością ubezpieczeniową, o której mowa w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 950 ze zm.). Obowiązujące przepisy nie zawierają definicji legalnej gwarancji ubezpieczeniowej, niemniej przez analogię *legis* można odwołać się do definicji zawartej w art. 81 ust. 1 ustawy z dnia Prawo bankowe (Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.), który stanowi, że gwarancją bankową jest jednostronne

20

zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta

- bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Gwarancja ubezpieczeniowa, jako instrument zabezpieczenia w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polega właśnie na złożeniu na piśmie przez zakład ubezpieczeń oświadczenia o bezwarunkowym i nieodwołalnym spełnieniu na pierwsze żądanie przez zamawiającego (beneficjenta) świadczenia określonego w gwarancji (wyplacenia określonej sumy pieniężnej) w przypadkach i na warunkach w niej określonych. Jako oświadczenie jednostronne, poza wymogami co do treści gwarancji, musi być złożone przez osobę umocowaną do składania takich oświadczeń, zaś samo uprawnienie może wynikać bądź to z przedstawicielstwa bądź z pełnomocnictwa. Wbrew twierdzeniom odwołującego w niniejszym stanie faktycznym i prawnym stwierdzenie przez zamawiającego, że oferta nie została zabezpieczona odpowiednim wadium, gdy wniesione przez odwołującego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 903006325493 z dnia 6 grudnia 2013 r. w imieniu Gwaranta: Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie zostało podpisane przez allrisks sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze. Z treści przedstawionego dokumentu nie wynikało, aby Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. działało przez pełnomocnika lub agenta ubezpieczeniowego. Również sposób podpisania gwarancji nie pozwalał zidentyfikować, na jakiej podstawie lub w jakim charakterze działa w/w Spółka. W takiej sytuacji stwierdzenie, że gwarancja nie zabezpiecza interesów zamawiającego

wadium we wszystkich w postaci może uzyskać

czy zatrzymania kwoty

okolicznościach jego przypadku było zasadne. Wykonawca nie spełnił wymogu wniesienia odpowiedniego wadium, w związku z czym, winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp. Ustosunkowując się do przywoływanej przez odwołującego argumentacji, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że nie jest prawdą twierdzenie,

jakoby „Zamawiający bez adnych problemów mógł więc zweryfikować uprawnienia allrisks Sp. z o.o. do podpisania dokumentu w Rejestrze Agentów gwarancyjnego Ubezpieczeniowych prowadzonym przez Komisję Nadzoru Finansowego”. Wprowadzenie danych zgodnych z danymi zawartymi na pieczęci spółki, którą opatrzona została przedło ona gwarancja ubezpieczeniowa do wyszukiwarki Rejestru Agentów Ubezpieczeniowych KNF nie prowadzi do wyświetlenia przedmiotowej spółki jako agenta ubezpieczeniowego.

Ju powy sza okoliczność prowadzi do wniosku, e podjęte w tym zakresie przez zamawiającego czynności nie pozwalały na zweryfikowanie podmiotu podpisującego a zatem potwierdzenie, zabezpiecza interesy gwarancję, e gwarancja wadialna

21

Zamawiającego. Ze zło onej gwarancji, jak ju wy ej wskazywano nie wynikało, by allrisks Sp. z o.o. działała jako agent ubezpieczeniowy, na podstawie stosownego pełnomocnictwa i wpisu do Rejestru Agentów Ubezpieczeniowych, a nadto w oparciu o dane zawarte w pieczęci tej e spółki nie mo na było wyszukać jej w Rejestrze. Na dzień zło enia gwarancji brak było zatem jakichkolwiek podstaw by uznać, e przedmiotowa spółka jest umocowana do dokonywania za Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia S.A. czynności ubezpieczeniowych, w tym m.in. udzielania gwarancji ubezpieczeniowych. Ten stan faktyczny w kontekście przepisów prawnych normujących wa ność i skuteczność jednostronnych czynności prawnych miał zasadnicze znaczenie dla dokonanych przez Zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Wskazać bowiem nale y na treść art. 104 k.c., zgodnie z którym jednostronna czynność prawna dokonana w cudzym imieniu bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu jest niewa na, jednak e gdy ten, komu zostało zło one oświadczenie woli w cudzym imieniu, zgodził się na działanie bez umocowania, stosuje się odpowiednio przepisy o zawarciu umowy bez umocowania. Mając na uwadze podstawowe zasady wynikające z pzp oraz ustaw regulujących dyscyplinę finansów publicznych, które Zamawiający jako jednostka bud etowa Skarbu Państwa jest zobligowany stosować, nie mo e on godzić się na działanie bez umocowania.

Niezale nie od wy ej przytoczonej argumentacji trzeba tak e wskazać na fakt, e wydruk z Rejestru Agentów Ubezpieczeniowych nie korzysta z przymiotu dokumentu mającego moc dowodową dokumentu urzędowego. Zgodnie z art. 37 ust. 3 i 4 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o pośrednictwie ubezpieczeniowym, Rejestr prowadzony w systemie informatycznym jest jawny i dostępny dla osób trzecich, niemniej ustawodawca w adnym z przepisów tej e ustawy nie wprowadził domniemań zgodności danych zawartych z Rejestrze ze stanem faktycznym i prawnym. W przypadku innych rejestrów (KRS, CEIDG, księgi wieczyste) tego typu domniemania prawne statuuje ustawodawca wyraźnie w odpowiednich aktach prawnych, obejmując zarazem ochroną prawną podmioty dokonujące czynności w oparciu o dane zawarte w tych e systemach teleinformatycznych. Co więcej, zgodnie z § 8 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 18 września 2006 r. w sprawie prowadzenia rejestru pośredników ubezpieczeniowych oraz sposobu udostępniania informacji z tego rejestru (Dz. U. z 2006r., Nr 178, poz. 1316), ka dy podmiot mo e zło yć wniosek o udzielenie informacji z rejestru, o którym mowa w art. 37 ust. 5 pkt 1-5 i ust. 6 ustawy o pośrednictwie ubezpieczeniowym, zaś organ nadzoru (KNF) mo e zapewnić dostęp do informacji poprzez swoje oficjalne strony internetowe. W kontekście powy szych regulacji prawnych nie mo e ulegać wątpliwości, e tylko i wyłącznie podanie danych, które precyzyjnie umo liwią identyfikację danego podmiotu w rejestrze mogą być podstawą pozyskania wnioskowanych informacji. Jak ju wy ej wyjaśniano dane spółki nie pozwalają

22

na odnalezienie jej w rejestrze jako agenta ubezpieczeniowego. Po drugie nawet odszukanie tej e spółki w rejestrze samo w sobie nie korzysta jeszcze z adnych domniemań prawnych wskazujących na zgodność ze stanem faktycznym i prawnym tych e danych. Mając jednocześnie na względzie konsekwencje prawne podpisania gwarancji ubezpieczeniowej przez podmiot nieuprawniony (niewa ność czynności prawnej) stwierdzenie przez Zamawiającego, e dla uznania gwarancji wadialnej za wniesioną prawidłowo, pozostaje przypuszczenie, e spółka działa jako agent ubezpieczeniowy, stanowiłoby przejaw ra ącego naruszenia prawa. To odwołujący zachowując nale ytą staranność i dbałość

o swoje interesy winien takie oczywiste niejasności podważać, ważąc wniesienie wadium wyjaśniać z własnej inicjatywy do czasu upływu terminu składania ofert. W odwołaniu powołuje się bowiem na przepisy, które jednoznacznie określają, jakie wymagania winien spełnić podmiot ubiegający się o status agenta ubezpieczeniowego, jakimi dokumentami winien się legitymować, by mógł dokonywać czynności ubezpieczeniowych w imieniu danego zakładu ubezpieczeń, jak może pozyskać dane niezbędne do wykazania, że podmiot podpisujący gwarancję jest do tego umocowany, co przesądza o ważności zło onego zabezpieczenia. Tych wszystkich czynności Odwołujący zaniechał na etapie składania oferty i dokonał ich dopiero w Odwołaniu załączając stosowne dokumenty, które *post factum* potwierdzają, że spółka pod firmą allrisks Sp. z o.o. jest agentem ubezpieczeniowym i może dokonywać czynności ubezpieczeniowych w zakresie m.in. udzielania gwarancji ubezpieczeniowych. Na tym etapie działania te należy uznać za spóźnione, co winno przesądzać o nieuwzględnieniu wywodzonych w tym zakresie twierdzeń przez odwołującego.

Zamawiający nie podziela takiego poglądu odwołującego, jakoby zło nie podpisu np. przez kierownika oddziału firmy ubezpieczeniowej czy banku na dokumencie gwarancji, co do których zamawiający nie domaga się załączania pełnomocnictw, było to samo z sytuacją, w której tego typu czynności dokonuje agent ubezpieczeniowy. Należy bowiem mieć na uwadze, że czynności dokonane przez osoby czynne w lokalu przedsiębiorstwa przeznaczonego do obsługi publiczności poczytuje się w razie wątpliwości za dokonane przez osoby umocowane do dokonywania czynności prawnych, które zwyczajowo bywają dokonywane z osobami korzystającymi z ich usług. Zatem przedłożenie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej wydanej w oddziale danego podmiotu i opatrzonej podpisem osoby czynnej, która wydaje dokument nie wymaga dodatkowej weryfikacji jej umocowania, nie tylko co do zasady, tj. czy posiada ona stosowne umocowanie, ale także co do jego zakresu. Ustawodawca dla zapewnienia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego wprowadził bowiem mechanizmy ochronne w art. 97 k.c., który to przepis statuuje podstawę do przyjęcia domniemania, że dokonanie czynności w lokalu przedsiębiorstwa (a za takie należy uznać oddziały, filie, przedstawicielstwa banków lub zakładów ubezpieczeniowych) przez osoby

23

czynne w tych lokalach (pracownicy obsługujący jednostkę) w zakresie czynności należących do typowych (rutynowych) działań przedsiębiorstwa (a za takie należy uznać udzielanie gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych) poczytuje się za dokonane przez osoby umocowane. Stąd ten przywołany przez Odwołującego zarzut jest całkowicie nietrafny, albowiem dotyczy diametralnie różnych stanów faktycznych, co do których znajdują zastosowanie różne podstawy prawne. Na marginesie należy tylko dodać, że forma postawionego zarzutu jest tak ogólna, że w istocie uniemożliwia bardziej konkretne odniesienie się do twierdzeń odwołującego. Wymaga bowiem podkreślenia, że każdy dokument gwarancji czy to bankowej czy ubezpieczeniowej podlega badaniu przez zamawiającego i nawet gdyby było tak, że zamawiający dokonuje wadliwej jego oceny poprzez przyjęcie, że spełnia on wymagania formalno-prawne, okoliczność ta nie może stanowić żadnego argumentu do podważania prawidłowości działania zamawiającego w niniejszym stanie faktycznym. W tym miejscu wymaga jedynie podkreślenia, że zamawiający uwzględniając zasady równego traktowania wykonawców dokonuje indywidualnej weryfikacji każdego dokumentu gwarancji i w przypadku ujawnienia uzasadnionych wątpliwości co do zabezpieczenia interesów zamawiającego, wykonawca składający taką wątpliwą gwarancję jest wykluczany. Jako że odwołujący nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, zatem kwestionowanie dokonanej przez zamawiającego czynności nie znajduje oparcia w stanie faktycznym oraz obowiązującym stanie prawnym. Trzeba zaznaczyć, że wniesienie wadium jest warunkiem odrębnym od warunku złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu i niepodlegającym uzupełnieniu po upływie terminu składania ofert (vide: wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 11 lipca 2013 r., sygn. akt X Ga 189/13).

W odniesieniu do zarzutów dotyczących nie spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobą na stanowisku Kierownika robót drogowych oraz zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełniania dokumentów w tym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający wyjaśnił, co następuje. W orzeczeniach KIO można znaleźć pogląd, wskazujący nie tylko na uprawnienie do uzupełniania dokumentów przez wykonawcę bez uprzedniego wezwania, ale również zwalniające zamawiającego z wykonania obowiązku na

podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie uzupełnionych już dokumentów. Zdaniem KIO, w sytuacji samodzielnego uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, wykonywanie takiego obowiązku przez zamawiającego jest bezprzedmiotowe." (KIO/UZP 1551/10, KIO 1169/11). Innym przykładem liberalnego podejścia, w zakresie uzupełniania dokumentów, jest stanowisko KIO, wskazujące, że „w sytuacji, gdyby okazało się, że uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu, pomimo uchybienia proceduralnego (z uwagi na brak wezwania ze strony zamawiającego do ich uzupełnienia), powinny być uwzględnione, jako mające

24

znaczenie dla wyniku postępowania. W takiej sytuacji, nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, już przedłożonych w postępowaniu przetargowym, byłoby działaniem sztucznym, obciążonym nadmiernym formalizmem, nieprowadzącym do zmiany tej oceny." (KIO 2723/10, KIO 1654/11).

W niniejszym zamówieniu właśnie takie „uzupełnienie” kadry miało miejsce. Na wezwanie zamawiającego z dnia 30.01.2014 r. do złożenia wyjaśnień w kwestii czy osoba – K. K. posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi wykonawca – konsorcjum ZABERD, przedstawił osobę – P. S., posiadającego wymagane uprawnienia, dołączył kserokopie uprawnień i zaświadczenie o przynależności do Izby. Kompetencje proponowanej osoby nie zostały zakwestionowane przez żadną ze stron, ani przez odwołującego, ani przez konsorcjum PRDM, dlatego też nie można mówić, że konsorcjum ZABERD nie spełnia wymagań zamawiającego w zakresie potencjału kadrowego. Odwołujący podniósł, że to „samo uzupełnienie” dokumentów miało służyć obejściu zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia. Konsorcjum ZABERD nie było wzywane do uzupełnienia dokumentów dotyczących potencjału kadrowego, lecz do uzupełnienia dokumentów w zakresie potencjału technicznego, w związku z czym ta jednokrotność nie miała do wezwania do uzupełnienia dokumentów jeszcze nie została wykorzystana. Zdaniem zamawiającego, wynikającym z przywołanej powyżej linii orzeczniczej, wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które już znajdowały się w posiadaniu zamawiającego, byłoby nadmiernym formalizmem, nieprowadzącym do zmiany oceny spełniania warunków udziału w zakresie posiadania potencjału kadrowego.

Przystępujący – po stronie zamawiającego wykonawcy – poparli stanowisko zamawiającego w zakresie w jakim zgłosili przystąpienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego częściowo są zasadne. W związku ze zbiciem części zarzutów z zarzutami podniesionymi przez odwołującego w sprawie KIO 357/14 Izba uznała, że wyżej prezentowane stanowisko, za wyjątkiem również w przedmiotowej sprawie.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego w zakresie zasadności czynności wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania, w zakresie czynności uznania, i konsorcjum ZaberD potwierdziło spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego i nieobecności samodzielnego uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie tego warunku, oraz w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum ZaberD w zakresie potencjału

25

dotyczącego posiadania zdolności ekonomicznej i finansowej, podtrzymując argumentację jak w sprawie KIO 357/14.

Izba nie podzieliła również stanowiska odwołującego, że konsorcjum ZaberD złożyło nieprawdziwe informacje w zakresie informacji sytuacji ekonomicznej dotyczącej

odwołujący i finansowej, posiadanego

potencjału kadrowego i technicznego uznając, i w ten sposób nie udowodnił, że składane przez konsorcjum ZaberD informacje i dokumenty miały na celu w sposób świadomy i celowy wprowadzenie zamawiającego w błąd, który skutkowałby wadliwą oceną złożonej oferty.

Odnosząc się zaś do zarzutu dotyczącego czynności wykluczenia odwołującego

z postępowania, Izba popiera stanowisko zamawiającego, przyjmując je za własne. Ponadto Izba wskazuje, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek prawidłowego i dostatecznego wyjaśnienia treści składanych dokumentów w sposób, który uniemożliwiałby błędną interpretację informacji tam podanych. Odwołujący składając gwarancję wadialną nie dopełnił obowiązku przedłożenia dodatkowych dokumentów (a w tym konkretnym przypadku obowiązek taki wynikał z okoliczności sprawy), które w sposób definitywny potwierdzałyby fakt, że osoba podpisująca gwarancję wadialną, działająca w ramach określonego przedsiębiorstwa miała ku temu stosowne umocowanie. Zwrócić bowiem należy uwagę na fakt, że gwarantem, jak wynika to z treści gwarancji jest Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Hestia S.A. w Sopocie. Natomiast przedmiotową gwarancję podpisała prezes zarządu spółki allrisks sp. z o.o., która takim gwarantem nie jest. Tym samym uznać należy obawy zamawiającego za uzasadnione w tym zakresie, że zamawiający nie był w stanie stwierdzić czy przedmiotowa gwarancja zabezpiecza jego interesy w rozumieniu przepisu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, gdy nie było wiadomym, kto *de facto* takiego zabezpieczenia gwarancyjnego udziela.

Izba wskazuje również na okoliczność, że ze względu na charakter składanego dokumentu – gwarancji wadialnej, nie jest możliwe do zastosowania trybu przewidzianego przepisami art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdy dokument gwarancji wadialnej nie jest dokumentem z katalogu określonego przepisem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oraz treść gwarancji wadialnej nie stanowi merytorycznej treści oferty, dającej się wyjaśnić w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, że zamawiający nie został sposobem prawidłowy objęty zakresem złożonej przez odwołującego gwarancji wadialnej, gdy odwołujący nie udowodnił (na etapie składania ofert), czy osoba podpisująca rzeczoną gwarancję była do tej czynności w sposób prawidłowy umocowana.

Biorąc pod uwagę treść przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba oddaliła odwołanie z uwagi na okoliczność, że mimo potwierdzenia jednego z zarzutów odwołania, sytuacja odwołującego pozostanie niezmienna, gdy w nadal pozostaje skutecznie wykluczony

26

z przedmiotowego postępowania, a zgodnie z powołanym wyżej przepisem Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wynik postępowania rozumiany w możliwości uzyskania przez odwołującego danego zamówienia publicznego (art. 179 ust. 1 ustawy Pzp). Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r. (sygn. akt: V Ca 3270/12).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

27