

WYROK

z dnia 23 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 listopada 2018 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 listopada 2018 r.

przez wykonawcę **WOD-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku**

przy udziale wykonawcy **Inżynierii Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę WOD-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę WOD-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku na rzecz zamawiającego Kraśnickiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji

Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Lublinie.**

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Kraśnickie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Kraśnik*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 czerwca 2018 r. pod numerem 2018/S 122-277853.

W dniu 2 listopada 2018 r. wykonawca WOD-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania obowiązków informacyjnych w informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego,

2. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Inżynierii Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dalej „Inżynieria Rzeszów”, do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części III zamówienia, podczas gdy Zamawiający powinien był powziąć wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez Inżynierię Rzeszów w części III zamówienia,

3.art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Inżynieria Rzeszów z postępowania, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kierownika robót drogowych, a z ostrożności procesowej również w zakresie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu osób,

4.art. 24 ust. 1 pkt 16) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Inżynierii Rzeszów z postępowania, mimo iż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

lub, alternatywnie, art. 24 ust. 1 pkt 17) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Inżynierii Rzeszów z postępowania, mimo iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawca ten przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

5.art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Inżynierii Rzeszów, mimo iż została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu,

6.art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż nie złożono w nim żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu,

7.art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w postaci oczekiwania przez Zamawiającego spełnienia świadczenia niemożliwego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności badania i oceny ofert i unieważnienie czynności wyboru oferty Inżynierii Rzeszów jako oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu: dokonania ponownego badania i oceny ofert, wykluczenia Inżynierii Rzeszów z uwagi na fakt, że nie wykazała spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wprowadziła w błąd Zamawiającego oraz unieważnienia postępowania.

Odwolujący wskazywał, że informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego jest ogólnikowa, właściwie tożsama z sentencją wyroku KIO. Nie można zatem uznać, że Zamawiający wypełnił swoje obowiązki wskazane w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp poprzez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. W treści informacji nie została zawarta ocena dokonana przez Zamawiającego w zakresie dokumentów złożonych przez Odwołującego w ofercie. Następnie podnosił, że różnica pomiędzy ofertą złożoną w postępowaniu przez Inżynierię Rzeszów (20.488.121,07 zł), a kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (25.100.000,00 zł), wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z określonymi przez niego wymaganiami.

Odwolujący kwestionował również doświadczenie zawodowe p. W. B., wymienionego w wykazie osób przez Inżynierię Rzeszów na stanowisku kierownika robót drogowych, który uzyskał uprawnienia budowlane w dniu 30 grudnia 2014 r. W ocenie Odwołującego Inżynieria Rzeszów w błędny sposób utożsamiała liczbę lat, jakie upłynęły od uzyskania uprawnień budowlanych przez ww. osobę do terminu składania ofert w postępowaniu z jego doświadczeniem zawodowym. Brak podstaw do przyjmowania domniemania ciągłości okresu doświadczenia, bez odliczania przerw między realizacją poszczególnych zadań. Przedstawione Zamawiającemu dokumenty i oświadczenia powinny w sposób wyczerpujący potwierdzać wszystkie wymagania stawiane wykonawcom w SIWZ. W związku z tym, nie wykazano spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a przez to wykonawca winien podlegać wykluczeniu z postępowania. Takie zachowanie wykonawcy stanowi podstawę do jego obligatoryjnego wykluczenia z postępowania, w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16) lub 17) ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, skoro Inżynieria Rzeszów powinna zostać wykluczona z postępowania, to i jej oferta, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, winna zostać automatycznie odrzucona.

Odwolujący podnosił również, że w postępowaniu nie występują żadne oferty niepodlegające odrzuceniu, co wypełnia przesłankę unieważnienia postępowania, o której mowa w art 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Nadto, powołując się na postanowienie z pkt 7.1.3 SIWZ (ćdcinek sieci kanalizacji sanitarnej, o którym mowa w pkt 4.2.2 IDW musi zostać ukończony i przekazany Zamawiającemu wraz z dokumentacją powykonawcza do dnia 15.12.2018 r.) wskazywał, że nie jest już możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia we wskazanym terminie. Wynika to z faktu, że najprawdopodobniej przed upływem ww. daty, nie dojdzie nawet do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i podjęcia prac przez wykonawcę, a Zamawiający nie przewidział przesłanki umożliwiającej zmianę umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia z uwagi na przedłużające się postępowanie. W związku z tym, ewentualna umowa w sprawie zamówienia publicznego w tym zakresie będzie nieważna, gdyż dotyczy świadczenia niemożliwego do spełnienia. Dlatego też, postępowanie obarczone jest wadą niemożliwą do usunięcia. Nie jest bowiem możliwe zawarcie w jego

wyniku ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Inżynieria Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie, dalej również „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania, w szczególności ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia, cytując m.in. wyrok KIO z dnia 17 maja 2018 r. o sygn. akt KIO 840/18.

Pismem z dnia 16 listopada 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc również o jego oddalenie w całości.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonych ofert, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 19 listopada 2018 r.

Izba uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia jest budowa kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Kraśnik w podziale na pięć części. Zamawiający określił zgodnie z pkt 12.2.3 pkt 2 lit E specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej „SIWZ”, wymagania dotyczące dysponowania kierownikami robót drogowych, który zgodnie z lit. a) winien posiadać *co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert) w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie*. Zgodnie z załącznikiem nr 11 do SIWZ – Wykaz osób przy kierowniku robót drogowych należało podać imię, nazwisko, a także posiadane uprawnienia budowlane i okres doświadczenia w latach.

Zgodnie z informacją z dnia 17 sierpnia 2018 r. Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie niniejszego zamówienia kwotę 35 190 000,00 zł brutto, w tym dla poszczególnych części: dla części I — 3 050 000,00 zł brutto, dla części II — 1 650 000,00 zł brutto, dla części III — 25 100 000,00 zł brutto, dla części IV — 4 900 000,00 zł brutto, dla części V — 490 000,00 zł brutto. W wyznaczonym terminie złożono dwie oferty: wykonawcy Inżynierii Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie na kwoty: dla części I — 3 172 293,00 zł brutto, dla części II — 2 615 226,00 zł brutto, dla części III — 20 488 121,07 zł brutto, dla części IV — 4 676 674,02 zł brutto, dla części V — 476 133,00 zł brutto oraz wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku na kwoty: dla części I — 1 788 999,99 zł brutto, dla części II — 1 770 000,00 zł brutto, dla części III — 16 799 999,99 zł brutto, dla części IV — 2 695 000,00 zł brutto, dla części V — 295 000,00 zł brutto.

W dniu 22 października 2018 r. na skutek wyroku KIO o sygn. akt KIO 1975/18 Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Inżynierii Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz odrzuceniu oferty wykonawcy WOD-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku.

Izba zważyła, co następuje.

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

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

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 października 2018 r. o sygnaturze akt KIO 1975/18 (dotyczącym niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy Inżynierii Rzeszów S.A. z siedzibą w Rzeszowie i nakazała Zamawiającemu powtórne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp wykonawcy WOD – BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kraśniku oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że

Odwołujący pismem z dnia 13 listopada 2018 r. złożył do sądu okręgowego w Lublinie za pośrednictwem Prezesa KIO skargę na ww. orzeczenie. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 11 maja 2017 r. (sygn. C-131/16), oferentowi, który wniósł skargę, przysługuje uzasadniony interes w wykluczeniu oferty wybranego wykonawcy, które może w odpowiednim razie doprowadzić do stwierdzenia, że instytucja zamawiająca nie jest w stanie dokonać wyboru prawidłowo złożonej oferty. Zatem skoro oferta Odwołującego nie jest ostatecznie odrzucona, to Odwołujący cały czas ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę na skutek niezgodnych z ustawą Pzp decyzji zamawiającego, a tym samym ma interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ustawy Pzp.

Argumentacja przedstawiana przez Przystępującego nie zasługuje więc na uwzględnienie, bowiem Odwołujący zakwestionował ww. rozstrzygnięcie, tj. skorzystał z przysługującego mu prawa do zaskarżenia wyroku do sądu okręgowego. W związku z powyższym, oferta Odwołującego nie została ostatecznie odrzucona. Nie sposób również przyznać racji Przystępującemu jakoby okolicznością uzasadniającą brak legitymacji czynnej do wniesienia odwołania był fakt, że oferta Odwołującego została wyżej sklasyfikowana od oferty Przystępującego. Pojęcie interesu należy traktować co do zasady szeroko. Działanie podmiotu kwestionującego niżej sklasyfikowanych wykonawców umożliwia kontrolę złożonych ofert i prowadzi do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania.

Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania obowiązków informacyjnych w informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty poprzez zaniechanie podania uzasadnienia faktycznego i prawnego. Izba stwierdziła wprawdzie, że uzasadnienie tej czynności składa się ze wskazania, że w wyniku uwzględnienia odwołania Przystępującego KIO w wyroku o sygn. akt 1975/18 nakazała zamawiającemu powtórne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp wykonawcy WOD – BUD Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kraśniku oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Tym niemniej z powyższej treści można wywieść jaka była podstawa wykluczenia oraz odrzucenia oferty Odwołującego. Powyższe stwierdzenia, jakkolwiek lakoniczne i ogólnikowe, wpisują się w pojęcie uzasadnienia faktycznego dokonanej przez Zamawiającego czynności. Należy mieć przy tym na względzie, że wskazany charakter uzasadnienia wynikał przede wszystkim z wykonania przez Zamawiającego wyroku KIO o sygn. akt KIO 1975/18.

Izba podziela stanowisko, że co do zasady informacje zawarte w opisie stanu faktycznego podstaw czynności zamawiającego winny być pełne i precyzyjne, bowiem mogą stać się przydatne do oceny czy wykonawca mógłby ewentualnie skorzystać ze środków ochrony prawnej i podjąć decyzję o zasadności ich wniesienia. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu i odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, który jej nie podziela, mógł się do niej ustosunkować. To przez przyrząd tego uzasadnienia i powołanych w nim okoliczności faktycznych oraz przedstawionej argumentacji Izba dokonuje oceny prawidłowości czynności, a ocenie Izby mogą podlegać tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. Niemniej w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący znał dokładnie wszystkie okoliczności skutkujące decyzją Zamawiającego, gdyż był uczestnikiem poprzedniego postępowania odwoławczego, a powielanie szczegółowej argumentacji z uzasadnienia wyroku Izby prowadziłoby do absurdu. Nadto, jak słusznie zauważył Zamawiający, Odwołujący w tej sytuacji zgodnie z art. 189 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie mógłby wnieść odwołania na czynności dokonane przez Zamawiającego, wykonane zgodnie z orzeczeniem Izby.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp Izba również uznała za bezzasadny, a przede wszystkim nieudowodniony. Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Przystępującego jakoby ww. zarzut należało uznać za spóźniony. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu zaniechanie wezwania Inżynierii Rzeszów do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w części III zamówienia. Zgodnie z pkt 3.3.3 SIWZ Zamawiający przewidział procedurę odwróconą.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający dokonał pierwszego wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 20 września 2018 r., a termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 1 października 2018 r. Odwołujący, który uplasował się pierwotnie na pierwszej pozycji, mógł wnieść odwołanie, z takiej możliwości nie skorzystał. Izba wyrokiem z dnia 19 października 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1975/18 uwzględniła odwołanie Przystępującego oraz wprost nakazała Zamawiającemu powtórne badanie i ocenę ofert. Wobec tego Izba stanęła na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie należy uchylić czynności związane z badaniem oraz oceną ofert. Tym samym, pierwotna czynność oceny ofert nie pozostaje w mocy. Zatem ww. zarzut Odwołującego może opierać się na pojawieniu się nowych okoliczności faktycznych, uzasadniających zaskarżenie czynności. W konsekwencji powyższego w tym zakresie Izba uznała, że ww. zarzut nie jest spóźniony.

Odnosząc się do merytorycznej treści zarzutu Izba ustaliła, że w zakresie części III: wartość szacunkowa zamówienia to 20 385 211,22 zł, powiększona o podatek VAT - 25 073 809,00 PLN, kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia - 25 100 000,00 zł, cena oferty Przystępującego - 20 488 121,07 zł, cena oferty Odwołującego -16 734 344,33 zł, średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert -18 611 232,70 zł, a procent wartości szacunkowej powiększonej o VAT, który stanowi cena oferty Przystępującego - 82 %.

Zgodnie z art. 90 ustawy Pzp: *1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego 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 (...) 1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (...).*

Oznacza to, że zamawiający jest uprawniony do żądania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny nie tylko w sytuacjach określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp (tj. gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), ale w każdej sytuacji, w której cena wydaje mu się rażąco niska i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego wymaganiami lub z wymaganiami wynikającymi z przepisów odrębnych. Zamawiający ma prawo do wezwania w zakresie rażąco niskiej ceny zawsze, gdy wzbudzi ona jego wątpliwości, niezależnie czy został spełniony którykolwiek z ww. progów. Należy jednak podkreślić, że obowiązek żądania wyjaśnień jest w pełni zależny od zamawiającego, a sformułowanie „budzą wątpliwości” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Ustawa Pzp nie wskazuje żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp. W przedmiotowym postępowaniu, w odniesieniu do oferty Przystępującego, Zamawiający tego rodzaju wątpliwości nie powziął.

Izba doszła do przekonania, że Zamawiający był uprawniony do zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy, aby cena odbiegała od wartości zamówienia, na co wskazywał Odwołujący. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Konieczne jest tu zobiektywizowanie analizy i ustalenie, czy cena jest niewiarygodna na tyle, że nie pozwala na wykonanie zamówienia. Przedstawiane zaś przez Odwołującego naruszenia są pokazywane w sposób ogólny. Izba uznała w tym postępowaniu, że Odwołujący nawet nie podjął próby wykazania, że Zamawiający miał dostateczne podstawy, odpowiednio uzasadnione, by wezwać do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Przystępującego, ani że Przystępujący przerzucił część kosztów w ramach oferty. Niezależnie już od faktu, że to oferta Odwołującego okazała się rażąco niska.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Inżynierii Rzeszów z postępowania. Izba ustaliła, że Zamawiający określił w pkt 12.2.3 pkt 2 lit E SIWZ wymagania dotyczące dysponowania kierownikiem robót drogowych, który zgodnie z lit. a) winien posiadać *co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert) w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie*. Zgodnie z załącznikiem nr 11 do SIWZ – Wykaz osób przy kierowniku robót drogowych należało podać imię, nazwisko, a także posiadane uprawnienia budowlane i okres doświadczenia w latach. Przystępujący w przedłożonym wykazie osób wskazał p. W. B. na stanowisko kierownika robót drogowych, który uzyskał uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności inżynierskiej drogowej decyzją z dnia 30 grudnia 2014 r. Na tej podstawie Odwołujący uznał, że Inżynieria Rzeszów w błędny sposób utożsamiała liczbę lat, jakie upłynęły od uzyskania uprawnień budowlanych przez p. W. B. do terminu składania ofert w postępowaniu z jego doświadczeniem zawodowym. Podkreślał, że dla Zamawiającego istotny jest fakt, jak długo p. W. B. faktycznie pełnił określone funkcje, a nie jedynie od jak dawna posiada stosowne uprawnienia. Odmienna interpretacja, zgodnie z którą wystarczy wykazać okres od uzyskania uprawnień do terminu składania ofert, bez względu na faktyczny czas zdobywania doświadczenia zawodowego, nie ma oparcia ani w przepisach prawa ani w racjonalności i celowości działań Zamawiającego.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego Izba wskazuje, że niezależnie od tego, że Odwołującynie przedstawił

jakichkolwiek dowodów potwierdzających, iż ww. osoba nie posiada wymaganego doświadczenia zawodowego (Odwołujący nawet nie odniósł się konkretnie do decyzji z dnia 30 grudnia 2009 r. nadającej p. W. B. uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności mostowej), to przede wszystkim Odwołujący w sposób nieuprawniony i zawężający próbuje interpretować postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące warunku odnoszącego się do dysponowania kierownikiem robót drogowych. Zamawiający wymagał jedynie, aby kierownik robót drogowych posiadał co najmniej 3 lata doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert) w pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, nie precyzując specjalności, rodzaju prac, czy projektów, w jakich miałyby taka osoba uczestniczyć. Za nieuprawnione należy uznać twierdzenia Odwołującego, jakoby należało wykazać doświadczenie tejże osoby w zakresie robót drogowych. Żadne postanowienie SIWZ nie wskazywało na taki wymóg, apowolywanie się na racjonalność czy celowość, pozostaje bez znaczenia, bowiem Izba rozpatrując odwołanie, bada jedynie legalność działań zamawiającego.

Podsumowując, Izba stanęła na stanowisku, że Zamawiający prawidłowo ocenił ofertę Przystępującego, stwierdzając, że potwierdza ona, że wskazana osoba spełnia warunki dysponowania kierownikiem robót drogowych, określone w SIWZ. W związku z powyższym Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut, dotyczący zaniechania wykluczenia Inżynierii Rzeszów z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. W konsekwencji nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie ma też podstaw do stwierdzenia, że wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Skoro, jak stwierdzono, Przystępujący nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp, w zakresie w jakim to zostało zaprezentowane przez Odwołującego, tym samym nie ziściły się przesłanki do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp.

Nie można też przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch różnych sytuacji. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych, gdzie wykonawcy, składając ofertę, nie wiedzą, że zostaną wykluczeni z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do szerszego kręgu wykonawców, tj. także do tych, którzy składają oferty pomimo tego, że zostali już poinformowani o wykluczeniu z postępowania. Ponadto odrzuceniu podlegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja będzie miała miejsce tylko w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego podlega odrzuceniu.

Zamawiający nie naruszył również art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp, bowiem oferta Przystępującego, w zakresie w jakim to zostało zaprezentowane przez Odwołującego, nie podlega odrzuceniu. Nie potwierdził się też zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp. Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 7.1.3 SIWZ termin wykonania zamówienia dla części III wynosi 48 miesięcy od dnia podpisania Kontraktu z zastrzeżeniem, że odcinek sieci kanalizacji sanitarnej, o którym mowa w pkt 4.2.2 IDW musi zostać ukończony i przekazany Zamawiającemu wraz z dokumentacją powykonawczą do dnia 15.12.2018 r. Odwołujący wskazywał, że na dzień wniesienia odwołania, nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia we wskazanym terminie, gdyż prawdopodobnie do tego czasu nie zostanie zawarta umowa z wykonawcą, a Zamawiający nie przewidział przesłanki umożliwiającej zmianę umowy w zakresie terminu wykonania zamówienia z uwagi na przedłużające się postępowanie. W związku z tym, ewentualna umowa w tym zakresie będzie nieważna, jako dotycząca świadczenia niemożliwego do spełnienia.

Izba podziela argumentację Zamawiającego, że sam fakt niemożliwości wykonania świadczenia w terminie nie może prowadzić do wniosku, że wykonanie umowy nie jest możliwe. Wykonawca może wykonać przedmiot umowy, nawet nie dotrzymując terminu jej wykonania. Dodatkowo wskazać należy, iż termin 15 grudnia 2018 r. nie dotyczy całej części III, a jedynie jej etapu, na wykonanie całej części III wykonawca ma 48 miesięcy od dnia podpisania umowy.

Za nieuprawnione należy uznać stanowisko Odwołującego jakoby niniejsze postępowanie zostało obarczone wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy podkreślić, że katalog przesłanek wymienionych w art. 93 ustawy Pzp ma charakter zamknięty, instytucja unieważnienia postępowania jest wyjątkowa, a przesłanki umożliwiające jej zastosowanie nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp konieczne jest ustalenie, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie, naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, a wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej

unieważnieniu umowy. Wady postępowania, z powodu wystąpienia których umowa może podlegać unieważnieniu określone zostały w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. Unieważnienie postępowania może nastąpić również z powołaniem się na okoliczności z ustawy Pzp, tj. dokonanie przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W niniejszym stanie faktycznym żadna z ww. okoliczności nie zaistniała.

Izba uznała za potwierdzone okoliczności faktyczne umożliwiające realizację kwestionowanego odcinka w sposób dający możliwość zachowania przewidzianych terminów. Izba wzięła przede wszystkim pod uwagę oświadczenia złożone na rozprawie przez Zamawiającego oraz Przystępującego, przy jednoczesnym braku jakiegokolwiek argumentacji merytorycznej ze strony Odwołującego. Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący podkreślali, że przedmiotowy odcinek wynosi niecałe 500 metrów bieżących, stanowi prostą robotę w dzielnicy kolejowej, na terenie zielonym, niezamieszkałym, wolnym od przeszkód, pozwalającym *de facto* na natychmiastowe wejście na budowę. Roboty te można wykonać w ciągu tygodnia, w zależności od organizacji pracy, bowiem dwie lub trzy brygady mogą wykonać przedmiotowy odcinek w wymaganym terminie.

Na uwagę zasługuje również fakt, że zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego w terminach określonych w art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca wskazał okres *stand still*. Zgodnie z art. 183 ust. 1 ustawy Pzp w przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez KIO wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze. Zatem hipotetycznie już 24 listopada 2018 r. (dzień po ogłoszeniu wyroku w niniejszej sprawie) strony mogłyby zawrzeć umowę i przystąpić do jej realizacji, w tym ukończenia odcinka kanalizacji sanitarnej, o którym mowa w pkt 4.2.2 IDW, czyli miałyby praktycznie trzy tygodnie na wykonanie tejże części zamówienia. W związku z powyższym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: