Sygn. akt: KIO 276/19

WYROK
z dnia 27 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzeszewski

Protokolant: M. Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lutego 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2019 r. przez wykonawcę A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo - Usługowy A. J., ul. Kasztanowa 13, Bobowicko, 66-300 Międzyrzeczw postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Regionalną Dyrekcję Ochrony Środowiska w Szczecinie, ul. Teofila Firlika 20, 71-637 Szczecin

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Warta sp. z o.o. z siedzibą w Koninie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 276/19 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo - Usługowy A. J., ul. Kasztanowa 13, Bobowicko, 66-300 Międzyrzecz i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo - Usługowy A. J., ul. Kasztanowa 13, Bobowicko, 66-300 Międzyrzecz tytułem wpisu od odwołania,

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 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 Szczecinie.

Przewodniczący:……..

Sygn. akt: KIO 276/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Regionalna Dyrekcja Ochrony Środowiska w Szczecinie, ul. Teofila Firlika 20, 71-637 Szczecin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą„ Wykonanie działań renaturyzacyjnych w korytach rzek dla poprawy stanu siedlisk i gatunków rzecznych w ramach projektu LIFE13 NAT/PL/000009 w systemie zaprojektuj i wykonaj", nr: ZP.261.25.2018.AD.167.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr: 656283-N-2018 w dniu 4 grudnia 2018 r.

W dniu 12 lutego 2019 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego: A. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Handlowo - Usługowy A. J., ul. Kasztanowa 13, Bobowicko, 66-300 Międzyrzecz o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego WARTA sp. z o.o. z siedzibą w Koninie.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 15 lutego 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, które miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj.

1)art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, polegające na niewykluczeniu wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w:

a)pkt 5.1.3 a Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ, tj. nie wykazał iż w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał należycie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budowli hydrotechniczej o wartości co najmniej 500.000 zł brutto;

b)pkt 5.1.3 b Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. nie wykazał iż skieruje do realizacji zamówienia, osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi:

-posiadające doświadczenie niezbędne do wykonania zamówienia oraz

-będzie posiadał podstawy co ich dysponowania;

2)art. 22a ust 6 w zw. z art. 22a ust 1 ustawy Pzp polegające na uznaniu, iż możliwe jest zastąpienie przez wykonawcę własnych zdolności technicznych zdolnościami technicznymi innego podmiotu, pomimo iż wykonawcą nie wskazał tego podmiotu w ofercie, i tym samym bezprawne poszerzenie przez Zamawiającego wyjątku wskazanego w ustawie Pzp;

3)art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez nieodrzucenie oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o., pomimo iż dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz występują błędy w jej obliczeniu, a wykonawca nie wykazał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4)art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo, iż pozostaje ona niezgodna ustawą Pzp oraz treścią SIWZ;

5)art 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę, pomimo iż oferta spółki nie mogła zostać uznaną za najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert oraz zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż była ona zgodna z SIWZ, przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu i tym samym naruszenie zasady równego traktowania wykonawców;

6)ewentualnie innych zarzutów wynikających bezpośrednio i pośrednio z treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Jednocześnie Odwołujący wnosił o:

1)unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie ofert zakończonym wyborem jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o.;

2)nakazanie Zamawiającemu ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert, w toku którego Zamawiający wykluczy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, bądź też odrzuci ofertę spółki na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp i w konsekwencji dokona wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;

3)zwrot kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz wynagrodzenie pełnomocnika, który ustanowiony zostanie w dalszym toku sprawy w kwocie 3600 zł.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP w zw. z pkt 5.1.3 a SIWZ.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu nie wykluczenia z postępowania spółki Przedsiębiorstwa Wielobranżowego WARTA sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt punkcie 5.1.3 a SIWZ.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 5.1.3 a SIWZ o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, określone przez Zamawiającego, a dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający uznawał spełnienie ww. warunku, jeżeli wykonawcy wykażą, że w okresie ostatnich 5 lat (przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budowli hydrotechniczej o wartości co najmniej 500.000 zł brutto.

Zauważył przy tym, że Spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o. w toku postępowania oświadczyła, iż spełnia ww. warunek na dowód czego przedłożyła referencje z dnia 1 marca 2018 r. wystawione przez Prezydenta Miasta Gniezna.

Odwołujący wskazał na okoliczność, że Zamawiający pismem z dnia 23 stycznia 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał spółkę do złożenia wyjaśnień jaki był faktyczny zakres prac wykonanych przez spółkę w ramach konsorcjum, a w odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 25 stycznia 2019 r. spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o. wyjaśniła, iż „wykonała wszystkie roboty zasadnicze i tylko niewielki zakres prac zleciła partnerowi konsorcjum".

W związku z powyższym Odwołujący podniósł, że Wykonawca nie złożył w tym zakresie żadnych dowodów, w tym m.in. umowy konsorcjum, kopii faktur VAT wystawionych w ramach wykonywania zamówienia, wykazu wykonanych prac lub uaktualnionych referencji od Prezydenta Miasta Gniezna.

Zdaniem Odwołującego - w zaistniałym stanie faktycznym, spółka nie wykazała (pomimo wezwania), iż faktycznie i konkretnie uczestniczyła w realizacji inwestycji, która spełniała by wymogi określone w pkt 5.1.3 a SIWZ. Tym samym, istniały przesłanki do zastosowania ark 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP.

Naruszenie prawa w tym zakresie – w ocenie Odwołującego - miało wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z pkt 5.1.3 b SIWZ.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu nie wykluczenia z postępowania spółki Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt punkcie 5.1.3 b SiWZ.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 5.1.3 b S1WZ:„Zamawiający uzna spełnienie ww. warunku, jeżeli Wykonawca wykaże, że (...) skieruje do realizacji zamówienia, osoby w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, posiadające kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia (...) Ekspert 1 (1 osoba) - Kierownik budowy - posiadający:

-uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno budowlanej lub inżynieryjnej hydrotechnicznej odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

-co najmniej 3 (trzy) letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym na co najmniej 1 zakończonym zadaniu inwestycyjnym w zakresie budowy lub przebudowy lub remoncie budowli hydrotechniczej o wartości robót co najmniej 100.000 zł brutto. (...) Ocena spełniania w/w warunków dokonana zostanie w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w punkcie 6 niniejszej SIWZ. Z treści załączonych dokumentów musi jednoznacznie wynikać, iż w/w warunki Wykonawca spełnił. Niespełnienie chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania 2.2.1.

Brak doświadczenia zawodowego Kierownika budowy w zakresie budowy, przebudowy lub remontu budowli hydrotechniczej.

Wyjaśnił, że definicja budowli hydrotechniczej zawarta została w pkt 5.1.3 a SIWZ w odwołaniu do § 3 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie. Zgodnie z nią: „Ilekroć (...) jest mowa o (...) budowli hydrotechnicznej - rozumie się przez to budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanymi służące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym: zapory ziemne i betonowe, jazy, budowle upustowe z przelewami i spustami, przepusty wałowe i mnichy, śluzy żeglugowe, wały przeciwpowodziowe, siłownie i elektrownie wodne, ujęcia śródlądowych wód powierzchniowych, wyloty ścieków, czasze zbiorników wodnych wraz ze zboczami i skarpami, pompownie, kanały, sztolnie, rurociągi hydrotechniczne, syfony, lewary, akwedukty, budowle regulacyjne na rzekach i potokach, progi, grodzie, nadpoziomowe zbiorniki gromadzące substancje płynne i półpłynne, porty, baseny, zimowiska, pirsy, mola, pomosty, nabrzeża, bulwary, pochylnie i falochrony na wodach śródlądowych, przepławki dla ryb”.

Odwołujący zaznaczył, że w toku postępowania, spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA Sp. z o.o. w doświadczeniu kierownika budowy – M. G. w ofercie - wskazała realizację zadania pn..”Remont rowów melioracyjnych na terenie Batalionu Ochrony Bazy w kompleksie wojskowym Redzikowo”.

Jednocześnie, w wykazie prac przy realizacji zadania „Remont remów melioracyjnych na terenie Batalionu Ochrony Bazy w kompleksie wojskowym Redzikowo zostały wyszczególnione prace:

- Odmulenie rowów na długości ok. 2500 mb,

-Wykonanie drenażu na długości ok, 360 m,

-Umocnienie skarp i dna rowów płytami betonowymi ok 1250 m2,

-Wykonanie przepustów z rur betonowych wraz z ściankami czołowymi o łącznej długości ok, 24 m,

-Montaż ścianek czołowych na istniejących przepustach w ilości 14 szt.

W związku z powyższym Odwołujący przedstawił stanowisko, że rowy melioracyjne, nie są budowlami hydrotechnicznymi ,o których mowa w SIWZ(z powołaniem na pkt 5.1.3 a SIWZ, w oparciu o § 3 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowie hydrotechniczne i ich usytuowanie), lecz urządzeniami melioracji o których mowa w art. 197 ust 1 ustawy prawo wodne, bowiem zgodnie z tym przepisem „urządzeniami melioracji wodnych są (...) rowy wraz z budowlami związanymi

z nimi funkcjonalnie".

Prace wskazane w ofercie tiret od pierwszego do czwartego powyżej dotyczą zatem – według Odwołującego - urządzeń melioracyjnych, nie zaś budowli hydrotechnicznych.

Nadto, prace wskazane w tiret czwartym in fine powyżej dotyczą robót na drogowym obiekcie inżynierskim, bowiem zgodnie z art. 4 pkt 12 ustawy o drogach publicznych drogowym obiektem inżynierskim, jest „obiekt mostowy, tunel, przepust i konstrukcja oporowa".

Tym samym, w zakres doświadczenia zawodowego Kierownika budowy nie wchodziło – w przekonaniu Odwołującego - co najmniej trzy letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym na co najmniej 1 zakończonym zadaniu inwestycyjnym w zakresie budowy lub przebudowy lub remoncie budowli hydrotechniczej. Przedstawione doświadczenie dotyczyło prac innego rodzaju niż powołane wymagane treścią SIWZ.

Brak podstawy dysponowania osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, a niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 5.1.3 SIWZ w zakresie potwierdzenia braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA Sp. z o.o. zobowiązana była do złożenia „wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

W złożonej ofercie spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA Sp. z o.o. wskazała, iż dysponuje M. G. oraz A. K. jako zasobem własnym.

Odwołujący stwierdził, że w wyjaśnieniach z dnia 5 lutego 2019 r., złożonych w związku z wezwaniem wystosowanym przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca przyznał, iż nie łączy go stosunek pracy z M.G. oraz A. K.

Wykonawca jednocześnie zadeklarował, iż osoby te będą mogły zostać zatrudnione po otrzymaniu zlecenia od Zamawiającego.

W opinii Odwołującego wykonawca nie wykazał by faktycznie dysponował lub mógł dysponować ww. osobami.

Zauważył przy tym, że nie przedłożono umów cywilnoprawnych na które powołuje się wykonawca lub umów pracy, na mocy których pracownicy ci mieli by zostać zatrudnieni przez wykonawcę na czas wykonywania zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z 5.1.3 SIWZ wykonawca winien spełniać wymogi określone przez Zamawiającego w chwili złożenia ofert i nie jest możliwe zatem powoływanie się przez wykonawcę na hipotetyczna możliwość zatrudnienia ww osób, bez przedłożenia jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Mając na względzie powyższe, podtrzymał zarzut, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a tym samym, Zamawiający nie wykluczył z postępowania spółki Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt punkcie 5.1.3 SIWZ.

Zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w toku postępowania Zamawiający uznał, iż możliwe jest zastąpienie własnych zdolności technicznych wykonawcy zdolnościami technicznymi innych podmiotów powiązanych kapitałowo, pomimo iż spółka nie wskazała tych podmiotów w ofercie. Tym samym dokonał on bezprawnego poszerzenia wyjątku wskazanego w ustawie Pzp.

Zwrócił uwagę, że Spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA Sp. z o.o. w oferciewskazała, iż nie będzie polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów.

Jednocześnie spółka w piśmie z dnia 10 stycznia 2019 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie Zamawiającego wskazała, że „posiada własny sprzęt taki jak koparki, wywrotki itp. co umożliwia nam nie korzystanie z wynajmu sprzętu, który znacznie zwiększyłby koszty.".

Powołał się również na oświadczenie wykonawcy, że „Ponadto sprzęt posiadany przez nasze przedsiębiorstwo jest nowej generacji o wysokiej wydajności (koparki marki Volvo EC 240BNLC, EC 240 Long, EW 160 2 szt., koparko-ładowarki CAT 428H x 2 szt., wywrotki marki Mercedes - MAN oraz sprzęt transportowy i drobny.

W ocenie Odwołującego - w sprzeczności z ww. oświadczeniami stoją wyjaśnienia spółki z dnia 5 lutego 2019 r.,

w których wskazano, iż sprzęt oraz pracowników udostępniają zupełnie inne podmioty - spółki HYDROINWEST Sp. z o.o. oraz HANSA-INVEST Sp. z o.o., które są powiązane kapitałowo.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający zupełnie błędnie zaakceptował zachowanie wykonawcy, pomimo iż nosiło ono znamiona działania w złej wierze, a jego celem było wprowadzenie w błąd Zamawiającego.

Jednocześnie Zamawiający uznał, iż możliwe jest powołanie się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawca w momencie składania ofert opierał się jedynie na własnych zdolnościach.

Odwołujący przekonywał o konieczności dokonywania wąskiej interpretacji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, dokonywanej z uwzględnieniem zawartego w art. 63 ust. 1 zd. 4 dyrektywy 2014/24/UE ograniczenia możliwości zastąpienia negatywnie zweryfikowanego podmiotu trzeciego jedynie przez wykonawcę, a nie również przez podmiot trzeci lub podmioty trzecie.

Argumentował również, że dopuszczenie na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym lub innymi podmiotami stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, albowiem różnicuje sytuację wykonawców, którzy składając wniosek lub ofertę polegają na własnych zasobach od wykonawców korzystających ze zdolności innych podmiotów.

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca, który złożył wniosek lub ofertę opierając się na własnych zasobach, w sytuacji negatywnej weryfikacji tego potencjału przez zamawiającego, nie może posługiwać się potencjałem podmiotów trzecich i bez znaczenia pozostaje tutaj rzekome powiązanie kapitałowe powołanych przez wykonawcę spółek, którego wykonawca nie wykazał.

Dodatkowo wywodził, że Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zgodnie z przepisami kodeksu spółek handlowych posiadają odrębna osobowość prawną i są niezależnymi bytami prawnymi (z osobnymi numerami NIP, REGON i KRS). Udziały w każdej sp. z o.o. mogą być przedmiotem obrotu, niezależne od siebie, a ustawa Pzp nie wprowadziła żadnego wyjątku od reguły w tym zakresie, na który mógłby powołać się Zamawiający.

Zarzut naruszenia art. 90 ust 3 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, bowiem nie odrzucił on oferty spółki Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o., pomimo iż dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Odwołującego - Wykonawca popełnił także rażące błędy przy obliczaniu ceny.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w informacji otwarcia ofert wskazał, iż zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.148.613,00 zł brutto, podczas gdy Wykonawca zaproponował cenę 2.267.220,87 zł, co stanowi 54,65 % wartości zamówienia.

Zauważył, że wezwaniem z dnia 9 stycznia 2019 r. Zamawiający, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do spółki o udzielenie wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej brutto.

Pismem z dnia 10 stycznia 2019 r. spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA sp. z o.o. udzieliła wyjaśnień, których ocena – w opinii Odwołującego - potwierdza, iż oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego twierdzenia powołał się na fragment formularza ofertowego, gdzie wykonawca konkurencyjny podał cenę za wykonanie bystrzy w ramach zadania 4 (Drawa Dolna, Korytnica), poz. 44-48 - Sówka wedle wykazu, kalkulując wykonanie poszczególnych pozycji na kwotę 3.995.04 zł brutto.

Wskazał okoliczność, że na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedłożył kosztorys wykonania prac, z którego wynika, iż średni jednostkowy koszt wykonania bystrzy będzie wynosić (zgodnie z poniższymi obliczeniami, w oparciu o ten dokument):

a)poz 1.: 629,20 zł,

b)poz 2.: 1204,30 zł,

c)poz 3.: 11,2m3 x 85,18 x (12076,591 / 6356,1 m^3)^8 = 1812,63 zł,

d)poz 4.: 89056,00 zł / 59 = 1509,42 zł,

e)poz 5.:11,2 m3 x 95,23 zł = 1066,58 zł,

tj. łącznie 6222,13 zł netto / 7653,22 zł brutto.

Według zapatrywania Odwołującego - przedstawione wyliczenia kosztorysowe, złożone przez spółkę w

odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie zapewniają wykonania zadania przez tego wykonawcę i wskazują iż obliczenia dotyczące ceny są nierzetelne.

Zdaniem Odwołującego - na podstawie przedstawionych wyżej rachunków stwierdzić należy, iż zachodzą radykalne rozbieżności pomiędzy kwotami podanymi w ofercie złożonej przez wykonawcę oraz jego wyjaśnieniach przedłożonymi Zamawiającemu.

Tym samym, wykonawca w toku postępowania podaje dwa różne i tym samym rażąco odmienne koszty wykonania poszczególnych bystrzy w ramach zadania 4 (poz. Sówka od 1 do 4) tj. 3995,04 zł oraz 7653,22 zł.

Na analogiczne rozbieżności zwrócił uwagę w 41 pozycjach cen jednostkowych na 59 w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), powołanych przez wykonawcę w ofercie.

Jednocześnie zaznaczył, że do złożonych wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2019 r. dotyczących rażąco niskiej ceny spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA Sp. z o.o. załączyła kosztorys, w którym to w kolumnie „Podstawa" wpisane zostało określenie „kalk. własna", co wskazuje na to że dokonując tej kalkulacji wykonawca ten nie wspierał się żadnymi katalogami nakładów rzeczowych.

W przekonaniu Odwołującego - z załączonych przez spółkę referencji nie wynika by podmiot ten wykonał bystrza przy realizacji, których zdobyłaby wiedzę o nakładach pracy potrzebnych do ich realizacji.

Zarzucił, że Wykonawca w toku postępowania nie wyjaśnił także w jaki sposób zdobył wiedzę o nakładach pracy potrzebnych do wykonania bystrzy oraz z jakich materiałów korzystał przyjmując nakłady pracy. Ustalenia te Zamawiający, kierując się treścią norm ustawy Pzp uznać winien za zupełnie dowolne i nie oparte na realiach rynkowych.

Podniósł również, że błędy w wyliczeniach spółki Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA Sp. z o.o., które winny skutkować negatywną oceną przez Zamawiającego wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza poz. 4 kosztorysu załączonego do wyjaśnień z dnia 10 stycznia 2019 roku, w którym nie przyjęto w kalkulacji żadnych materiałów potrzebnych do budowy dróg dojazdowych.

Wskazał również, że w toku postępowania wykonawca nie wyjaśnił tak oczywistego błędu, tj. jak zamierza wykonać drogi technologiczne nie stosując do tego żadnych materiałów.

Jednocześnie, zwrócił uwagę, że wykonawca w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wskazał, iż częstokroć zdarza się, iż przedsiębiorstwa ofertują wykonanie robót budowlanych poniżej cen inwestorskich.

Dla Odwołującego stanowisko to sprzeczne jest z praktyką wykonywania zamówień publicznych. Nadto wykonawca nie przedłożył żadnych dowodów na powoływaną przez siebie okoliczność, pomimo obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Zaznaczył, że na uwagę zasługuje także fakt, iż spółka Przedsiębiorstwo Wielobranżowe WARTA Sp. z o.o. w przedłożonym kosztorysie przyjęła koszty pośrednie na poziomie 10%.

Według Odwołującego - tak niski poziom kosztów pośrednich nie pozwala na pokrycie kosztów ogólnych jak i zarządu takich jak:

a)płace i narzuty na płace personelu stałego,

b)koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych,

c)zużycie sprzętu,

d)utrzymanie zaplecza,

e)koszty bezpieczeństwa i higieny pracy,

f)koszty delegacji oraz koszty przejazdów,

g)koszty eksploatacji służbowych samochodów,

h)koszty biurowe i otrzymania obiektów ogólnego przeznaczenia,

i) koszty finansowe,

j) koszty utrzymania zarządu.

Na radykalne zaniżenie kosztów pośrednich przez wykonawcę wskazują m.in, publikacje w cennikach SEKOCENBUD, które to koszty pośrednie określają na poziomie ponad 60 %,

Stwierdził przy tym, że w trzecim kwartale 2018 r. koszty pośrednie robót inżynieryjnych wyniosły 64,2 %. Natomiast różnice pomiędzy poszczególnymi kwartałami wynoszą około 1,5%. Tym samym, wykonawca przedstawił o ponad 50% niższe koszty pośrednie, niż przyjęte przez specjalistów z branży budowlano - inżynieryjnej.

Powołał się na wykaz kosztów pośrednich z cennika SEKOCENBUD za 3 kwartał 2018 r.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Dlatego też spółka zobowiązana było do złożenia wyjaśnień, opierając się na dowodach wykazujących, że dodane w wyniku działań matematycznych wszelkie koszty rodzajowe, niezbędne do poniesienia aby wykonać zamówienie, nie osiągną wyższego pułapu niż wskazana w ofercie cena.

Według Odwołującego - w toku postępowania, spółka nie udowodniła by jej obliczenia były prawidłowe i tym samym gwarantowały utrzymanie zaoferowanej ceny.

Odwołujący stwierdził, że proste obliczenia matematyczne i zestawienie pozycji z kosztorysu z ofertą wykonawcy wskazują, iż zasadnym było odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawcy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego - naruszenia wskazane w treści niniejszego odwołania w jednoznaczny sposób wskazują, iż oferta złożona przez wykonawcę sprzeczna była z ustawą Pzp oraz niezgodna z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący powołał do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp argumentację podniesioną w powyższym uzasadnieniu. Nieodrzucenie oferty spółki było zatem konsekwencją naruszeń przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 22a ust. 6 w zw. art. 22a ust. 1 ustawy Pzp oraz 5.1.3 a i b SIWZ.

W zaistniałym stanie faktycznym wykonawca nie potwierdził – zdaniem Odwołującego - spełnienia warunków udziału w postępowaniu zarówno w zakresie wymaganego doświadczenia w realizacji robót budowalnych jak i personelu jakiego zamierzał użyć w toku jego realizacji. Jednocześnie oferta była niezgodna z powołanymi wcześniej przepisami ustawy PZP.

Z daleko posuniętej ostrożności, wskazał, iż Odwołujący wnosił niniejsze odwołanie w granicach art. 180 ust. 2 pkt 6) ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący uznał, że naruszenie przepisów ustawy Pzp, o których mowa w wyżej skutkowało obrazą przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym doszło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę pomimo iż oferta spółki nie mogła zostać uznana za najkorzystniejsza na podstawie kryteriów lei oceny. Jednocześnie zaniechano wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, pomimo iż była ona zgodna z SIWZ, przedstawia ona najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert złożonych w postępowaniu. Naruszenia dokonane przez Zamawiającego godziły w zasadę równego traktowania wykonawców i skutkują niezachowaniem uczciwej konkurencji.

Pismem z dnia 20 lutego 2019r. zgłosił swoje przystąpienie do swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Warta sp. z o.o. z siedzibą w Koninie, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Przystępującego (formularza oferty z dnia 4 stycznia 2019 r.), pisma Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2019 r. wzywającego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, wyjaśnień Przystępującego z dnia 10 stycznia 2019 r. wraz z kosztorysem, Tabeli Elementów Scalonych, zestawieniami robocizny, materiałów i sprzętu, wezwania Przystępującego przez Zamawiającego w trybie przepisu art.26 ust.2 ustawy Pzp z dnia 16 stycznia 2019 r. do złożenia dokumentów, w szczególności wykazu posiadanego doświadczenia osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a także wykazu wykonanych robót budowlanych, złożonych przez Przystępującego wykazów i referencji, wezwania Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2019 r. na podstawie art.26 ust.3 ustawy Pzp skierowanego do Przystępującego do wyjaśnienia w zakresie złożonego wykazu robót budowlanych i referencji, pisma Przystępującego z dnia 25 stycznia 2019r., wezwania Zamawiającego z dnia 5 lutego 2019 r. do dodatkowych wyjaśnień przez Przystępującego w kwestii ceny, pisma Przystępującego z dnia 5 lutego 2019r, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 25 lutego 2019 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.22a ust.6 w związku z art.22a ust.1, art.24 ust.1 pkt 12, art.89 ust.1 pkt 2, art.90 ust.2 i 3 w związku z art.89 ust.1 pkt 4 w związku z art.89 ust.1 pkt 6, art.91 ust.1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Przystępującego z przetargu ze skutkiem odrzucenia jego oferty z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu, odrzucenia jego oferty z powodu istnienia rażąco niskiej ceny i błędu w obliczeniu ceny, a także z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba ustaliła w zakresie koniecznym do rozstrzygnięcia, że Zamawiający w pkt 5.1.3. ustanowił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający uzna spełnienie ww. warunku, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a)w okresie ostatnich 5 lat (przed upływem terminu składania ofert), a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub remoncie budowli hydrotechniczej o wartości co najmniej 500.000 zł brutto.

(Zgodnie z definicją znajdującą się w § 3 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 20 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budowle hydrotechniczne i ich usytuowanie przez budowlę hydrotechniczną - rozumie się budowle wraz z urządzeniami i instalacjami technicznymi z nimi związanymi, służące gospodarce wodnej oraz kształtowaniu zasobów wodnych i korzystaniu z nich, w tym: zapory ziemne i betonowe, jazy, budowle upustowe z przelewami i spustami, przepusty wałowe i mnichy, śluzy żeglugowe, wały przeciwpowodziowe, siłownie i elektrownie wodne, ujęcia śródlądowych wód powierzchniowych, wyloty ścieków, czasze zbiorników wodnych wraz ze zboczami i skarpami, pompownie, kanały, sztolnie, rurociągi hydrotechniczne, syfony, lewary, akwedukty, budowle regulacyjne na rzekach i potokach, progi, grodze, nadpoziomowe zbiorniki gromadzące substancje płynne i półpłynne, porty, baseny, zimowiska, pirsy, mola, pomosty, nabrzeża, bulwary, pochylnie i falochrony na wodach śródlądowych, przepławki dla ryb),

b)skieruje do realizacji zamówienia, osoby w szczególności odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, posiadające kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, doświadczenie i wykształcenie niezbędne do wykonania zamówienia:

i) Ekspert 1 (1 osoba) – Kierownik budowy - posiadający:

- uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno budowlanej lub inżynieryjnej hydrotechnicznej odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów,

- co najmniej 3 (trzy) letnie doświadczenie zawodowe w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym na co najmniej 1 zakończonym zadaniu inwestycyjnym w zakresie budowy lub przebudowy lub remoncie budowli hydrotechniczej o wartości robót co najmniej 100.000 zł brutto.

Izba zwróciła również uwagę, że Zamwiający w pkt 6.5.1.3 SIWZ przewidział Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oraz brak podstaw do wykluczenia, gdzie dla wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, Wykonawcy winni przedłożyć niżej wymienione oświadczenia i dokumenty:

Wykaz oświadczeń lub dokumentów, składanych przez Wykonawcę w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 uzpz w zakresie potwierdzenia braku podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu: Wykaz osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ).

Izba zauważyła również, że Zamawiający w pkt 6.5.1.4 SIWZ przewidział Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, oraz brak podstaw do wykluczenia, gdzie dla wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, Wykonawcy winni przedłożyć niżej wymienione oświadczenia i dokumenty:

Wykaz robót budowlanych, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 (pięć) lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania i podmiotów na rzecz, których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty zostały wykonane należycie (sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 8

do SIWZ).

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

Izba stwierdziła, że w formularzu oferty Przystępujący na stronie 4 i 5 oświadczył, że osobą wyznaczoną do realizacji zamówienia jest M. G. mający doświadczenie jako kierownik robót w trzech zadaniach, każde o wartości przekraczającej kwotę 600 000 zł brutto.

Nadto, ustalono, że w wykonaniu wezwania Zamawiającego w trybie przepisu art.26 ust.2 ustawy Pzp Przystępujący złożył analogiczne oświadczenie w postaci wykazu z informacją o podstawie dysponowania tą osobą jako zasobem własnym.

W wykonaniu powyższego wezwania Przystępujący złożył również oświadczenie w postaci wykazu, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat od dnia złożenia oferty zadanie „Uregulowanie stosunków wodnych w terenie strefy przemysłowej w dzielnicy Kawiary w Gnieźnie II etap" na kwotę 636 964, 87 zł oraz załączył referencję z dnia 1 marca 2018r. wystawioną z upoważnienia Prezydenta Miasta Gniezna z której wynikało, że zadanie to było wykonane w konsorcjum.

W nawiązaniu do powyższego wykazu wykonanych robót i przedłożonej referencji Zamawiający wezwał Przystępującego pismem z dnia 23 stycznia 2019r. do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp poprzez opisanie faktycznego udziału w realizacji prac poszczególnych konsorcjantów.

W związku z powyższym wezwaniem Przystępujący pismem z dnia 25 stycznia 2019r. wyjaśnił, że jego konsorcjant Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane M. G. wykonał jedynie prace przygotowawcze dotyczące wycinki drzew i krzewów oraz zabezpieczenie pasa drogowego na kwotę 30 750, 00 zł.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z pkt 5.1.3 lit a SIWZ, Izba uznała go w za chybiony.

Według zapatrywania Izby, powyższe wyjaśnienia Przystępującego z dnia 25 stycznia 2019r. w całości wykazywały zakres wykonanych robót z pominięciem zakresu wycinki drzew i krzewów oraz prac zabezpieczających na kwotę 30 750,00 zł przez konsorcjanta, która to kwota stanowiąc różnicę w stosunku do kwoty 636 964, 87 zł za całe zadanie pn.: „Uregulowanie stosunków wodnych w terenie strefy przemysłowej w dzielnicy Kawiary w Gnieźnie II etap", potwierdzała zgodnie z pkt 5.1.3 lit. a SIWZ doświadczenie w wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej, polegającej na budowie lub przebudowie lub remoncie hydrotechnicznej, o wartości co najmniej 500 000 zł brutto.

Dodatkowo, wymaga wskazania, że stosownie do art.26 ust.3 ustawy Pzpjeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w , lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Jednym ze sposobów weryfikacji przez Zamawiającego składanych przez wykonawców oświadczeń jest instytucja udzielania przez nich wyjaśnień w warunkach wystąpienia wątpliwości organizatora przetargu.

Nadto, w myśl przepisu art.22 ust.1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W sprawie tej Zamawiający w SIWZ nie przewidział środków dowodowych, jak chce Odwołujący między innymi umowy konsorcjum, kopii faktur VAT, wykazu wykonanych prac czy zaktualizowanych referencji dla dodatkowego wykazania faktycznego zakresu prac wykonanych przez spółkę w ramach konsorcjum.

Jedyne dopuszczalne dowody dla wykazania spełniania warunku zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia zostały określone w pkt 6.5.1.4 SIWZ, to jest wykaz i referencje.

Z tego powodu należało uznać za wystarczające skorzystanie przez Zamawiającego ze środka prawnego w postaci wezwania Przystępującego do wyjaśnień i ich oceny na podstawie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Jednocześnie, w powyższym zakresie Izba uznała wywody Odwołującego oparte o analizę rachunku zysku i strat Przystępującego za niepotwierdzone dowodami, a zatem nie mogące mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej

sprawy.

W zakresie zarzutu Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z pkt 5.1.3 b SIWZ- braku doświadczenia zawodowego kierownika budowy, Izba nie uznała tego zarzutu z tego względu, że Odwołujący nie zakwestionował w poz. 2 i 3 wykazu zadeklarowanych, wykonanych przez Przystępującego dwóch zadań, w których doświadczenie zdobył M. G. jako kierownik robót, a warunek dotyczył co najmniej jednego zakończonego zadania inwestycyjnego w zakresie budowy lub przebudowy lub remontu budowli hydrotechniczej o wartości robót co najmniej 100.000 zł brutto.

W związku z tym, Izba przyjęła, że spełnienie już chociażby jednego z tych dwóch warunków z pozycji 2 i 3 wykazu robót w ramach, których M. G. zdobył doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi oznaczało zgodność oświadczenia Przystępującego z pkt 5.1.3 b SIWZ.

Z powyższego wynika, że okoliczność badania przez Zamawiającego zagadnienia czy remont rowów melioracyjnych mieści się w pojęciu definicji budowli hydrotechnicznej w odniesieniu do zadania „Remont rowów melioracyjnych na terenie Batalionu Ochrony Bazy w kompleksie wojskowym Redzikowo" nie miało istotnego znaczenia dla badania i oceny spełniania warunku z pkt 5.1.3 b SIWZ.

Podobnie za nieuzasadniony Izba potraktowała zgłoszony przez Odwołującego zarzut braku podstawy do dysponowania osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, że Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 5 lutego 2019 r. poinformował Zamawiającego, że przedstawione w wykazie osoby są zatrudnione na podstawie umowy o dzieło i będą one zatrudnione do wykonania konkretnych prac zleconych pod konkretną inwestycję.

Według zapatrywania Izby – takie oświadczenie Przystępującego potwierdziło dysponowanie tymi osobami, co nie stanowiło jakiegokolwiek podwykonawstwa czy posłużenia się zasobem osób trzecich.

Wymaga również zwrócenia uwagi, że Zamawiający w SIWZ nie wymagał od wykonawców jakichkolwiek dowodów na powyższe okoliczności, lecz jedynie podania w wykazie informacji o podstawie do dysponowania osobami przeznaczonymi do wykonania zamówienia.

Z tego powodu takie żądanie przez Zamawiającego, jak domaga się tego Odwołujący, to jest dowodów z umów cywilnoprawnych, umów o pracę na czas wykonywania pracy byłoby równoznaczne z nierównym traktowaniem wykonawców i nie mieściłoby się w treści pkt 6.5.1.3 SIWZ przewidującego jedynie wykaz.

Jeżeli chodzi o zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, to jest nie uznania przez Zamawiającego realizacji przedmiotu zamówieniu w warunkach polegania na zasobach podmiotu trzeciego, Izba stwierdziła, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

W sprawie tej Przystępujący w formularzu ofertowym oświadczył, że nie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, zaś w piśmie wyjaśniającym z dnia 10 stycznia 2019 r. stwierdził, że posiada własny sprzęt.

Jednocześnie w piśmie z dnia 5 lutego 2019 r. Przystępujący potwierdził, że sprzęt udostępniają mu podmioty, z którymi jest powiązany kapitałowo.

Takie oświadczenia – w ocenie Izby - nie oznaczają, że przedmiot zamówienia będzie realizowany przez podmiot trzeci, tym bardziej, że Zamawiający nie przewidział w SIWZ formy i sposobu posiadania sprzętu czy urządzeń dla potrzeb wykonania przedmiotu zamówienia(np.: wykazu posiadanego sprzętu i tytułu do jego władania).

Wymaga wskazania, że zgodnie z art.22a ust.1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Powyższy przepis może mieć zastosowanie jedynie w warunkach polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotów trzecich.

W rozpoznawanej sprawie Przystępujący zadeklarował jedynie posiadanie określonego potencjału technicznego bez wskazywania tytułu prawnego do korzystania z niego, co nie oznacza, że polega on na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu trzeciego.

Idąc dalej, Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się również zarzut Odwołującego istnienia rażąco niskiej ceny i błędu w obliczeniu ceny, to jest naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 90 ust 3 w zw. z art. 90 ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że przy czynności otwarcia ofert Zamawiający zadeklarował, iż zamierza przeznaczyć na

sfinansowanie zamówienia kwotę 4.148.613,00 zł brutto.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że cena ofertowa Przystępującego wynosiła kwotę2.267.220,87 zł, co - w ocenie Izby – dawało Zamawiającemu podstawę do podjęcia procedury zmierzającej do wyjaśnienia możliwości zaistnienia rażąco niskiej ceny.

Izba uznała działanie Zamawiającego odnoszące się do badania rażąco niskiej ceny w stosunku do oferty Przystępującego za mieszczące się w dyspozycji przepisu art.90 ustawy Pzp.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp, 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, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r.);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;

5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

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;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

W związku z tym, że zaoferowana przez Przystępującego cena wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, a także wystąpiły powyższe przesłanki ustawowe Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę.

Jednocześnie, należy zaznaczyć, że w takim przypadku stosownie do przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Wymaga również wskazania, że w myśl przepisu art.90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie sytuacja braku udzielenia wyjaśnień w ogóle nie zaistniała.

Natomiast, według uznania Izby dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi przez Przystępującego dowodami w postaci szczegółowej kalkulacji własnej w formie kosztorysu, tabeli elementów scalonych, zestawienia robocizny, zestawienia materiałów, zestawienia sprzętu potwierdziła, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Należy wskazać, że prowadzone przez Zamawiającego postępowanie wyjaśniające dotyczyło wybranych elementów kosztotwórczych, które wzbudziły jego zainteresowanie.

W swoim wezwaniu z dnia 9 stycznia 2019r. skierowanym do Przystępującego Zamawiający zwrócił się o takie dowody jak: oferty cenowe lokalnych żwirowni na dostawę kruszywa o frakcji określonej w PHU, informacje o planowanej ilości roboczogodzin zatrudnionego personelu wraz z planowaną stawką za 1 roboczogodzinę, informację o planowanej ilości i rodzaju sprzętu wraz z podaniem stawek jednostkowych, a także łączne rozliczenie/zestawienie powyższych składników cenotwórczych.

Izba stanęła na stanowisku, że powyższe dowody przedłożone przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami w

całości wykazywały poprawność ceny oferty Przystępującego, wykluczając możliwość popełnienia przez niego błędu w obliczeniu ceny, a także obaliły domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny.

Izba wzięła pod uwagę, że Przystępujący w przedstawionym kosztorysie uwzględnił koszty materiałów potrzebnych do wykonania drogi technologicznej i zostało to ujęte w pozycji 3, która globalnie obejmowała dostawę mieszanek żwirowo-kamiennych, a szczegółowo w pozycji 3*, jako substrat żwirowy drobny 0/63 mm, co odpowiada opisowi z PFU – strona 3, tabela - pozycja 0 podbudowa drogowa 0/63 z 360 ton.

Jeżeli chodzi o zakwestionowaną przez Odwołującego cenę wykonania bystrza w pozycjach 44-48 wynoszącą 356,70 zł brutto za metr³, to Izba w tym zakresie oparła się o wyjaśnienia Zamawiającego, z których wynika, że możliwe jest wykonanie analogicznego zakresu prac za kwotę już za kwotę 238, 76 za metr³ (realizacja zadania Głęboczek), czego Odwołujący nie podważał.

Za gołosłowne Izba uznała twierdzenia Odwołującego o rozbieżności 41 pozycji na 59z Tabeli Elementów Rozliczeniowych(TER), bowiem kwoty wskazane przez niego po prawej stronie wklejonej do odwołania tabeli zostały przez Odwołującego przedstawione bez wykazania sposobu ich wyliczenia.

Nadto, za nie znajdującą uzasadnienia należało potraktować argumentację Odwołującego o niedopuszczalności zastosowania w załączonym kosztorysie metody kalkulacji własnej, z pominięciem kalkulacji z użyciem nakładów pracy, materiałów i sprzętu według Katalogów Nakładów Rzeczowych lub cen SEKOCENBUD.

W powyższym zakresie za obowiązujące należało przyjąć dyrektywy określone w przepisie § 5 ust.1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym z dnia 18 maja 2004 r. , zgodnie z którym przy ustalaniu jednostkowych nakładów rzeczowych należy stosować w kolejności:

1) analizę indywidualną;

2) kosztorysowe normy nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach oraz metodę interpolacji i ekstrapolacji, przy wykorzystaniu wielkości określonych w katalogach, zaś stosownie do ust.2 tego przepisu przy ustalaniu stawek i cen czynników produkcji należy stosować w kolejności:

1) analizę własną;

2) dane rynkowe lub powszechnie stosowane, aktualne publikacje.

Powyższy przepis przewiduje w pierwszej kolejności analizę indywidualną i własną w odniesieniu sporządzanych kosztorysów, co wyklucza zasadność argumentacji Odwołującego w tym zakresie o obowiązku kalkulowania z użyciem nakładów pracy, materiałów i sprzętu według Katalogów Nakładów Rzeczowych lub cen SEKOCENBUD.

Jeżeli chodzi o zaniżone przez Przystępującego koszty pośrednie to, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, żew koszty te nie zostały wliczone koszty robocizny, co nie podważał Odwołujący.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na zasadzie art. 89 ust.1 pkt. 4 i 6 ustawy Pzp, w warunkach, gdy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami nie potwierdziła, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także zawiera ona błąd w obliczeniu ceny.

Ostatecznie, nie zostały przez Odwołującego potwierdzone zarzuty naruszenia art.7 ust.1, art. 89 ust.1 pkt 2 i art.91 ust.1 ustawy Pzp, bowiem odrzucenie oferty Przystępującego w powyższych okolicznościach sprawy byłoby sprzeczne z zasadą równości i konkurencyjności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dodatkowo, zdaniem Izby – Odwołujący nie udowodnił, że treść oferty Przystępującego pozostaje w sprzeczności z treścią pkt 5.1.3 a i b SIWZ.

Ostatecznie, Odwołujący nie przeprowadził dowodu na okoliczność wyboru przez Zamawiającego oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w inny sposób niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192
ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:……..