

Sygn. akt: KIO 1761/20

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawcę ARCO SYSTEM spółka z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach

przy udziale wykonawcy AK NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1761/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ARCO SYSTEM spółka z o.o. z

siedzibą w Oświęcimiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ARCO SYSTEM spółka z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu 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 2019 r., poz. 1843 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 Katowicach.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1761/20

Zamawiający: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Modernizacja instalacji do biologicznego przetwarzania odpadów w Zakładzie Odzysku i Unieszkodliwiania Odpadów w Katowicach przy ul. Miłowieckiej 7a”, numer referencyjny: PN/15/2020.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w dniu 29 kwietnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem ogłoszenia : 534913-N-2020.

Zamawiający w dniu 22 lipca 2020 r. poinformował Odwołującego: Arco System spółka z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu o wyborze najkorzystniejszej oferty AK NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 27 lipca 2020 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1. Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2. Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż nie spełnia ona wymagań specyfikacji pkt 5.5.2 ppkt 5 SIWZ,
4. Zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
5. Wyboru oferty AK NOVA sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

W związku z wniesionym odwołaniem Odwołujący zgłosił następujące zarzuty:

1) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż nie spełnia ona wymagań specyfikacji pkt 5.5.2 ppkt 6 SIWZ.

2) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp lub pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż nie spełnia ona wymagań specyfikacji pkt 5.5.2 ppkt 7 SIWZ.

3) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż nie spełnia ona wymagań specyfikacji pkt 5.5.2 ppkt 8 SIWZ.

4) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż nie spełnia ona wymagań specyfikacji pkt 6.6.5 SIWZ.

5) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

6) Zarzut naruszenia art. 7 poprzez dopuszczenie do postępowania oferty podlegającej odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty.

2. Nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na odrzuceniu oferty AK NOVA sp. z o. o.

3. Nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na ponownym badaniu i ocenie ofert.

4. Nakazanie wykonania Zamawiającemu czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ w pkt 5 zostały określone warunki udziału w postępowaniu, które powinni spełniać wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Zauważył, że w pkt 5.5.2. ppkt 6 i 7 SIWZ Zamawiający wymagał, aby do realizacji zamówienia zostały skierowane osoby:

a) - pkt 5.5.2. ppkt 6:

kierownik robót w branży sanitarnej - 1 osoba posiadająca wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń ciepłych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych wydanych zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i rozporządzenia oraz posiadająca co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe, która pełniła w tym czasie funkcję kierownika robót przy min. 1 inwestycji przetwarzania odpadów o min. wydajności 20 000 Mg/rok,

b) - pkt 5.5.2. ppkt 7:

kierownik robót w branży elektrycznej - 1 osoba posiadająca wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydanych zgodnie z przepisami Prawa budowlanego i rozporządzenia oraz posiadająca co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe, która pełniła w tym czasie funkcję kierownika robót przy min. 1 inwestycji przetwarzania odpadów

o min. wydajności 20 000 Mg/rok.

Zarzucił, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie została na żadnym etapie postępowania odrzucona oferta wykonawcy AK NOVA sp. z o.o. pomimo faktu, iż treść oferty w kilku bardzo istotnych aspektach nie odpowiadała warunkom określonym w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 5.5.2 ppkt 6 SIWZ od wykonawcy wymagano, aby skierował do realizacji zamówienia kierownika robót w branży sanitarnej posiadającego co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe. Wykonawca do pełnienia powyższej funkcji wskazał M. G.

Wyjaśnił, że w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (pismo DP/UD/2020 z dnia 13.07.2020 r.) z dnia 16 lipca 2020 r. wykonawca wskazał, że M. G. posiada 8 letnie doświadczenie zawodowe. Jednak zgodnie z Biuletynem Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr 1/2015 (46) Pan M. G. uzyskał uprawnienia budowlane w sesji jesiennej 2014r., a zatem jego doświadczenie zawodowe wynosi jedynie maksymalnie 6 lat, co wskazuje, że kierownik robót w branży sanitarnej Wykonawcy nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w dokumentacji zamówienia brak jest uprawnień M. G. jako kierownika robót branży sanitarnej Odwołujący wnosil, aby Prezes KIO na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 280) zobowiązał Wykonawcę do przedłożenia przedmiotowych uprawnień nr WKP/0259/OWOS/14 z dnia 16.12.2014r. celem ich weryfikacji przy rozpoznaniu odwołania.

Dalej, wywodził, że AK NOVA sp. z o.o. nie wywiązała się również z obowiązku określonego w pkt 5.5.2 ppkt 8 SIWZ, wskazując w doświadczeniu R. F. pełnienie funkcji kierownika robót telekomunikacyjnych w ramach inwestycji będącej w trakcie niezakończonych dotychczas, a będącej w trakcie realizacji, tj. „Modernizację i rozbudowę części biologicznej

instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów w ZUO w Krośnie”, której realizacja ma potrwać co najmniej do marca 2021r. Tym samym Wykonawca nie mógł podać przedmiotowej realizacji w pozycji „Doświadczenie” kierownika robót, gdyż nie została ona ukończona i nie sposób przewidzieć, czy ukończona zostanie.

Z tego powodu stwierdził, że kierownik robót w branży telekomunikacyjnej Wykonawcy nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ.

Dodatkowo, wskazał, że zgodnie z pkt 5.5.2 ppkt 7 SIWZ od wykonawcy wymagano, aby skierował do realizacji zamówienia kierownika robót w branży elektrycznej posiadającego co najmniej 8 letnie doświadczenie zawodowe. Wykonawca do pełnienia

powyższej funkcji wskazał Ł. A. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (pismo DP/UD/2020 z dnia 13.07.2020 r.) z dnia 16 lipca 2020 r. wykonawca wskazał, że Ł.

A. posiada 8 letnie doświadczenie zawodowe.

Podniósł, że zgodnie z Biuletynem Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa nr 3/2015 (48) Ł. A. uzyskał uprawnienia budowlane w sesji wiosennej 2015 r., a zatem jego doświadczenie zawodowe wynosi jedynie 5 lat, co oznacza, że kierownik robót w branży elektrycznej Wykonawcy nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w dokumentacji zamówienia brak jest uprawnień Ł. A. jako kierownika robót branży elektrycznej wnosił, aby Prezes KIO na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz.U. Nr48, poz. 280) zobowiązał Wykonawcę do przedłożenia przedmiotowych uprawnień nr WKP/0214/OWOE/15 z dnia 15.06.2015r. celem ich weryfikacji przy rozpoznaniu odwołania.

Nadto, Odwołujący zaznaczył, że zgodnie z pkt 5.5.2 ppkt 5 SIWZ od wykonawcy wymagano, aby skierował do realizacji zamówienia kierownika budowy z uprawnieniami budowlanymi bez ograniczeń. Wykonawca do pełnienia powyższej funkcji wskazał M. P., który według najlepszej wiedzy posiadanej przez Odwołującego uzyskał wykształcenie wyższe w innych specjalnościach techniczno-budowlanych pod rządami dawnych przepisów (w latach 80. XX wieku), zaś uprawnienia te na dzień dzisiejszy uprawniają go wyłącznie do kierowania, nadzorowania i kontrolowania budowy oraz do oceniania i badania stanu technicznego obiektów budowlanych w budownictwie jednorodzinym, zagrodowym o raz innych budynków o kubaturze do 1000m<sup>3</sup> w zakresie objętym specjalnością techniczno-budowlaną - są to więc uprawnienia z ograniczeniami.

Z powyższego wnioskował, że kierownik budowy Wykonawcy nie tylko nie spełnia

5

wymagań stawianych w SIWZ, ale także w ogóle nie jest uprawniony do kierowania budową wykonywaną w ramach Zamówienia.

Biorąc pod uwagę fakt, iż w dokumentacji zamówienia brak jest uprawnień M. P. jako kierownika budowy, wnosił, aby Prezes KIO na podstawie § 24 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz.U. Nr 48. poz. 280) zobowiązał Wykonawcę do przedłożenia

przedmiotowych uprawnień nr 585/87/PW z dnia 26.01.1988r. celem ich weryfikacji przy rozpoznaniu odwołania.

W dalszej kolejności, Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 6.6.5 SIWZ Wykonawca obowiązany był do przedłożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Wyjaśnił przy tym, że termin składania ofert natomiast został wyznaczony na 16 czerwca 2020 r. do godziny 10:00.

Zdaniem Odwołującego - opinia bankowa wykonawcy nie była aktualna na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pzp (pkt 6.6 SIWZ), bowiem data wystawienia opinii bankowej to 20 maja 2020r., a powyższe oświadczenia i dokumenty zostały złożone przez Wykonawcę 29 czerwca 2020r.

W związku z tym zwrócił uwagę, że zgodnie z pkt 6.6. SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do złożenia dokumentów i oświadczeń aktualnych na dzień złożenia, a wobec tego dokumenty przedstawione przez AK NOVA sp. z o.o. nie potwierdzają zatem, że zawarte w nich informacje są aktualne na dzień ich złożenia, a jedynie że wykonawca dysponował środkami finansowymi przed terminem złożenia oferty.

Podkreślił przy tym, że wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu przez cały okres jego trwania, a nie jedynie na dzień złożenia oferty.

Według Odwołującego - pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym.

W odniesieniu do oświadczeń lub dokumentów składanych w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp stwierdził, że „aktualne” oświadczenia lub dokumenty potwierdzają okoliczność niepodlegania wykluczeniu na podstawie odpowiedniego przepisu z art. 24 ust. 1 lub 5 ustawy Pzp w dniu złożenia go przez wykonawcę.

W ocenie Odwołującego - oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać, że „teraz” {w czasie terażniejszym} stan faktyczny jest taki, o jakim zaświadcza dokument.

Złożenie przez wykonawcę takiego oświadczenia lub dokumentu powinno wskazywać, że ten stan, o którym zaświadcza dane oświadczenie lub dokument, nie uległ zmianie od dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podczas gdy z dokumentów przedstawionych przez AK Nova sp. z o.o. nie wynika, aby były one aktualne na dzień ich złożenia.

Dla Odwołującego wszystkie powyższe okoliczności jednoznacznie wskazują, że Zamawiający swoim zaniechaniem naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, nie odrzucając oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ w tak wielu aspektach.

Argumentował, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania

którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.

W tym zakresie wskazał, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, a także sposób wykonania robót budowlanych nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

Następny zarzut dotyczył rażąco niskiej ceny w wysokości 17.083.470,00 zł zaoferowanej przez Wykonawcę, gdzie średnia arytmetyczna z cen zaoferowanych przez 5

Wykonawców biorących udział w postępowaniu wyniosła 22.925.312,10 zł, a zatem oferta

7

cenowa AK NOVA sp. z o.o. jest o 25,49% niższa od średniej arytmetycznej pozostałych ofert.

W przekonaniu Odwołującego - w przypadku tak specjalistycznych i wysokotechnologicznych inwestycji jak przedmiot niniejszego postępowania, niemożliwe wydaje się występowanie takich różnic cenowych.

W związku z tym Odwołujący wskazał na części składowe ceny, które rażąco odbiegają od stawek rynkowych składają się:

- a) Autorskie prawa majątkowe do dokumentacji projektowej - 5.000,00 zł;
- b) Nadzór autorski - 6.000,00 zł.

Zdaniem Odwołującego - doświadczenie życiowe wskazuje, że ww. kwoty mogłyby zostać uznane za rynkowe w przypadku budowy większego domu jednorodzinnego, a nie tak wysokospecjalistycznej inwestycji, co powinno od razu budzić wątpliwości Zamawiającego.

Zwrócił uwagę, że oferenci w toku postępowania zadawali wiele pytań dotyczących optymalizacji (zmniejszenia) kosztowej inwestycji (generujących odstępstwa od założeń SiWZ), np.

a) Pytania i odpowiedzi z dnia 18.05.2020r. - pytanie nr 10 - dot. technologii napowietrzenia bioreaktorów - zmiana kanałów betonowych na zabetonowane rury PCV; Zamawiający nie dopuścił zmiany rozwiązania;

b) Pytania i odpowiedzi z dnia 08.06.2020r. - pytanie nr 2- dot. technologii napowietrzenia bioreaktorów na rozwiązanie zamienne, Zamawiający nie dopuścił zmiany rozwiązania.

W ocenie Odwołującego - Zamawiający określił wymagania projektowe, które są wysoce kosztogenne - cena ofertowa zaproponowana przez Wykonawcę wydaje się wręcz nieprawdopodobna do osiągnięcia przy założeniu spełnienia tychże wymagań.

Zdaniem Odwołującego - cena taka byłaby do osiągnięcia wyłącznie przy znacznych odstępstwach od wytycznych zawartych w dokumentacji przetargowej.

Wskazał, że art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp nakazuje odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a zasadą jest, że w przypadku podejrzenia, że cena lub koszt w ofercie noszą znamiona rażąco niskiej zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie określonym w art. 90 ust. 1 pzp

przysługujących mu na podstawie art. 90 ust. 1 pzp tj. nie wystąpił o udzielenie przez Wykonawcę odpowiednich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny).

Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej.

Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Odwołujący stanął na stanowisku, że przytoczone powyżej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 jak i art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowią przesłankę do wniesienia niniejszego odwołania na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp.

Zarzucił, że w przedmiotowej sprawie zatem, nieodrzućenie oferty która nie spełniała wymagań zawartych w SIWZ stanowiło naruszenie art.7 ustawy Pzp i przykład jaskrawej dyskryminacji wykonawców, albowiem uprzywilejowała jednego z wykonawców poprzez niewymaganie od niego spełnienia wszystkich wymagań SIWZ.

Biorąc pod uwagę wszystkie przytoczone powyżej okoliczności oraz twierdzenia, stwierdził, że żądanie nakazania dokonania czynności polegającej odrzuceniu oferty AK NOVA sp. z o.o. i wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej jest w pełni uzasadnione.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie, wnosząc:

- 1) o oddalenie odwołania;
- 2) o obciążenie Odwołującego kosztami postępowania.

Pismem z dnia 3 sierpnia 2020r. zgłosił swojej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca AK NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wnosząc o oddalenie odwołania.

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, pisma Zamawiającego z dnia 6 lipca 2020 r., odpowiedzi Przystępującego z dnia 10 lipca 2020 r., pisma Zamawiającego z dnia 13 lipca 2020 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego z dnia 22 lipca 2020r, jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów 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, art.89 ust.1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ, a także z powodu zaoferowania przez tego wykonawcy oferty z rażąco niską ceną.

Odnosząc się do zarzutów wskazanych przez Odwołującego w pkt 3 petitum odwołania(czynności i zaniechania) i pkt 1 - 4 na stronie 2 odwołania (zwięźle przedstawienie zarzutów), Izba uznała je za bezzasadne z tego powodu, że wskazane przez Odwołującego postanowienia pkt 5.5.2 ppkt 5, pkt 5.5.2 ppkt 6, pkt 5.5.2 ppkt 7, pkt 5.5.2 ppkt 8, pkt 6.6.5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ dotyczyły warunków udziału w postępowaniu, a nie treści SIWZ, a w konsekwencji dokumenty i oświadczenia złożone przez Przystępującego w następstwie wykonania powyższych postanowień SIWZ nie stanowiły treści oferty.

Wymaga wskazania, że w pkt 5.1 SIWZ Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia w ten sposób, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

- 5.5.1 nie podlegają wykluczeniu;
- 5.5.2 spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Stosownie do postanowień pkt 5.4.2. SIWZ w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji finansowej lub ekonomicznej, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca posiadał środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 3.000.000,00 zł (słownie: trzy miliony złotych 00/100).

Jednocześnie, w spornym zakresie Izba ustaliła, że w pkt 5.5.2 SIWZ w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że skieruje do realizacji zamówienia osoby posiadające następujące kwalifikacje:

5)Kierownik Budowy— 1 osoba posiadająca:

- wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019r., poz. 1186, ze zm.) i Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019r., poz. 831) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz

- co najmniej 8 — letnie doświadczenie zawodowe oraz pełniła w tym czasie funkcję kierownika budowy przy min. 2 inwestycjach polegających na wykonaniu instalacji odpadów ulegających biodegradacji w postaci boksów żelbetowych;

6)Kierownik robót w branży sanitarnej — 1 osoba posiadająca:

- wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019r., poz. 1186, ze zm.) i Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019r., poz. 831) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz

- co najmniej 8 — letnie doświadczenie zawodowe oraz pełniła w tym czasie funkcję

kierownika robót przy min. 1 inwestycji przetwarzania odpadów o min. wydajności 20 000 Mg/rok;

7) Kierownik robót w branży elektrycznej — 1 osoba posiadająca:

- wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019r., poz. 1186, ze zm.) i Rozporządzenia Ministra

Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019r. w sprawie przygotowania zawodowego do  
11

wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019r., poz. 831) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz

- co najmniej 8 — letnie doświadczenie zawodowe oraz pełniła w tym czasie funkcję kierownika robót w przy min. 1 inwestycji przetwarzania odpadów o min. wydajności 20 000 Mg/rok;

8) Kierownik robót w branży telekomunikacyjnej — 1 osoba posiadająca:

- wykształcenie wyższe oraz uprawnienia budowlane bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń telekomunikacyjnych wydane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (Dz.U. z 2019r., poz. 1186, ze zm.) i Rozporządzenia Ministra Inwestycji i Rozwoju z dnia 29 kwietnia 2019r. w sprawie przygotowania zawodowego do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie (Dz.U. z 2019r., poz. 831) lub odpowiadające im uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz

- co najmniej 8 — letnie doświadczenie zawodowe oraz pełniła w tym czasie funkcję kierownika robót przy min. 1 inwestycji przetwarzania odpadów o min. wydajności 20 000 Mg/rok.

Izba stwierdziła również, że w pkt 5.6. SIWZ Zamawiający postanowił, że wykluczy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcę wobec, którego zaistnieją przesłanki do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby - powołane wyżej postanowienia SIWZ jednoznacznie wskazują, że powołany wyżej zakres regulacji jest ściśle związany z warunkami udziału w postępowaniu, a nie z treścią oferty, w której uregulowany jest przedmiot zamówienia i sposób jego realizacji.

Powyższe zapatrywanie Izby potwierdza również treść pkt 6.1 SIWZ, gdzie Wykonawca zobowiązany był złożyć wypełniony formularz oferty sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ.

Nie podlega zatem kwestii, że treść oferty stanowił właśnie taki formularz, który obecnie nie jest przedmiotem zaskarżenia przez Odwołującego.

Jednocześnie Izba ustaliła, że w pkt 6.2 SIWZ Zamawiający postanowił, że do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć wskazane tam dokumenty, wśród których trudno się

doszukać wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia  
12

publicznego czy informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Skoro, zatem Zamawiający nie przewidział, że w skład oferty wchodzi sporne dokumenty i oświadczenia (wykaz osób i zawarte tam oświadczenia, a także opinia bankowa), to nie sposób jest zakładać, że było inaczej.

Wymaga również zauważenia, że w pkt 6.6. SIWZ Zamawiający przewidział procedurę odwróconą i poinformował wykonawców, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wezwie Wykonawcę, w szczególności do złożenia następujących dokumentów:

6.6.3. wykazu osób, skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Wzór wykazu osób stanowi Załącznik nr 6 do SIWZ;

6.6.5. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że powyższa procedura odwrócona miała na celu jedynie sprawdzenie wiarygodności wykonawcy między innymi pod względem jego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, a także zdolności technicznej lub zawodowej, a nie zbadanie jego oferty pod względem merytorycznym, która to czynność poprzedziła ocenę warunków udziału w postępowaniu.

Z motywacji odwołania wynika w sposób jednoznaczny, że Odwołujący zakwestionował w swoim odwołaniu dokumenty i oświadczenia, które dotyczyły warunków udziału w postępowaniu (treść wykazu osób i opinię bankową), a te - w ocenie Izby - nie stanowią treści oferty.

Do zastosowania przepisu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 konieczna jest przede wszystkim identyfikacja trzech elementów:

- 1) konkretnej treści SIWZ,
- 2) konkretnej treści oferty,
- 3) stwierdzenie występowania kolizji pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ.

W omawianej sprawie, Odwołujący nie udowodnił przesłanki związanej z treścią oferty, bowiem sporne oświadczenia odnosiły się do warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie podzieliła również wyводу Odwołującego, że zarzuty podniesione w punktach 1-4 mogą zostać kwalifikowane, także jako zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, w związku z art. 24 ust 1 pkt 12 twierdząc, że z tych powodów wykonawca powinien podlegać wykluczeniu.

W ocenie Izby - takie stwierdzenie Odwołującego oznacza zmianę podstawy prawnej zgłoszonych zarzutów, która w istocie prowadziłoby do wykreowania nowego zarzutu opartego o przepis art.24 ust.1 pkt 12 ustaw Pzp, którego zastosowanie w określonych sytuacjach jest dopuszczalne jedynie po wyczerpaniu przewidzianych w prawie procedur

sanacyjnych (vide; art.26 ust.3 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Innymi słowy, profesjonalny uczestnik obrotu zamówień publicznych nie może według swojego uznania zmienić podstawy prawnej zgłoszonego zarzutu, a Izba nie może rozpoznać zarzutu, który nie został sformułowany.

Według zapatrywania Izby - zarzut odwołania należy rozumieć jako zastrzeżenie Odwołującego, co do zachowania Zamawiającego polegającego na niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, który to zarzut musi zawierać wskazanie naruszonego przez Zamawiającego przepisu prawa wraz z przytoczeniem okoliczności faktycznych i prawnych określających na czym owo naruszenie prawa polegało.

Jeżeli zatem Odwołujący wskazał pierwotnie w swoim odwołaniu podstawę prawną naruszenia przez Zamawiającego przepis art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, to obecnie nie może dokonać zmiany tej podstawy wskazując na przepis art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, bowiem stanowi to niedopuszczalne postawienie nowego zarzutu odwołania, który pierwotnie nie został wyartykułowany.

Niezależnie od powyższego - w przekonaniu Izby - zaproponowana przez Odwołującego wykładnia spornych postanowień SIWZ ma charakter arbitralny.

Należy zaznaczyć, że element warunku w postaci konieczności wykazania się przez wykonawców co najmniej 8 letnim doświadczeniem zawodowym został opisany przez Zamawiającego w sposób bardzo ogólny, a tym samym należało przyjąć, że dopuścił on możliwość wykazania się w tym aspekcie doświadczeniem w budownictwie bez jakichkolwiek dodatkowych warunków związanych z tym doświadczeniem, poza oczywiście innymi warunkami szczególnymi, które nie zostały zakwestionowane.

Izba zatem doszła do przekonania, że Zamawiający żądał od wykonawców wykazania się przez osobę dedykowaną do realizacji zamówienia posiadaniem wyższego wykształcenia i uprawnień do pełnienia samodzielnych funkcji w budownictwie.

Wymaga przy tym podkreślenia, że Zamawiający nie opisał tego warunku w taki sposób, że zdobyte doświadczenie zawodowe mogło być uzyskane jedynie w okresie posiadania uprawnień.

Dla Izby, wyraźne brzmienie SIWZ w spornym zakresie potwierdza takie jej rozumienie i takie oczekiwanie Zamawiającego, które - zdaniem Izby - zostało dostatecznie zakomunikowane profesjonalnym wykonawcom.

Jeżeli Odwołujący na etapie przygotowania SIWZ dostrzegł tego rodzaju postanowienia i nie odpowiadały one jego wizji doświadczenia wykonawców, to miał on prawną możliwość ich zaskarżenia na etapie opracowywania tego dokumentu przez Zamawiającego.

W ocenie Izby - Odwołujący nie udowodnił również, że doświadczenie nabywane w trakcie kontraktu nie odpowiada wymaganiu Zamawiającego.

Odnosząc się do dowodu Odwołującego w postaci decyzji o stwierdzeniu przygotowania zawodowego z dnia 26 stycznia 1988 r. Izba również doszła do przekonania,

że zaprezentowana przez Odwołującego argumentacja o ograniczeniu uprawnień z powodu potwierdzenia tych uprawnień do kierowania i kontrolowania, także innych budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, nie jest trafna.

Według zapatrywania Izby - Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że obecna inwestycja Zamawiającego nie stanowi budowli o powszechnie znanych rozwiązaniach konstrukcyjnych, a tylko w takim przypadku można byłoby rozważać kwestię zakresu uprawnień budowlanych zadeklarowanego kierownika budowy.

Natomiast, Przystępujący przedstawił dowody potwierdzające wymagane przez Zamawiającego doświadczenie osób, które będą brały udział przy realizacji zamówienia (vide: dowody nr 1 - 7, nr 11 przedstawione na rozprawie), które nie budziły wątpliwości Izby co do ich wiarygodności, a co do których Odwołujący nie przedstawił dowodu przeciwnego.

Powyższej oceny Izby nie zmienia zastrzeżenie pełnomocnika Odwołującego, że Prezes Zarządu SUEZ nie miał prawa do wydania referencji z dnia 31 lipca 2020 r. Izba uwzględniła fakt, że Odwołujący w ogóle nie odniósł się do treści tego dowodu.

Co do aktualności opinii bankowej Izba oparła się o treść dokumentu z tej opinii wystawionej w dniu 20 maja 2020 r. znajdującego się w dokumentacji przedstawionej przez Zamawiającego i zaświadczenia o potwierdzeniu salda z dnia 6 sierpnia 2020 r. (dowód Przystępującego nr 8) potwierdzającego wymaganą przez Zamawiającego zdolność finansową.

Wobec powyższego dywagacje Odwołującego, o braku aktualności w aspekcie złożenia tego dokumentu w dniu 29 czerwca 2020 r. nie mają żadnego uzasadnienia, szczególnie, że Zamawiający w pkt 6.6.5. SIWZ wymagał jedynie, aby informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzała wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

Dodatkowo, Izba stwierdziła, że SIWZ w ogóle nie zawierała definicji aktualności, a wobec tego za aktualną należało uznać opinię bankową potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert.

W świetle powyższego za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2

pkt 3.

Ostatecznie, Izba doszła do przekonania, że nie potwierdził się również zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);

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 swoim odwołaniu Odwołujący przyznał, że oferta cenowa AK NOVA sp. z o.o. jest niższa o 25,49% od średniej arytmetycznej pozostałych ofert, co wskazuje, że nie został przekroczony 30 % próg, o którym mowa ust.1a art.90 ustawy Pzp.

Powyższe przepisy prowadzą do wniosku, że Zamawiający może uruchomić procedurę wynikającą z przepisu art. 90 ust.1 ustawy Pzp, jedynie w przypadku, przekroczenia 30 % progu wartościowego, a także 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.

W ocenie Izby - dopuszczalne jest jedynie wyjątkowo wszczęcie postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w warunkach nieprzekroczenia powyższego progu, jednak inicjatywa w tym zakresie należy do Zamawiającego, który musi posiadać uzasadnione wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

W związku z tym, Izba stwierdziła, że z oświadczenia Zamawiającego nie wynikało, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wzbudziły jego wątpliwości odnośnie stawek autorskich praw majątkowych do dokumentacji projektowej i nadzoru autorskiego, a Odwołujący nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu przeciwnego na okoliczność, że Zamawiający takie wątpliwości powinien mieć w kontekście rażąco zaniżonych wynagrodzeń autorskich.

Wymaga również wskazania, że ciężar dowodowy wynikający z art.90 ust.2 i art.190 ust.1a ustawy Pzp nakładający na Przystępującego obowiązek udowodnienia braku rażąco niskiej ceny aktualizuje się jedynie w sytuacji, gdy powstanie domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, które tworzy się dopiero po wszczęciu postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę w trybie przepisu art. 90 ust.1 ustawy Pzp.

Z tych wszystkich powodów, Izba uznała, że Zamawiający nie miał dostatecznych podstaw prawnych do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp.

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:.....