Sygn. akt KIO 218/20

WYROK

z dnia 14 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 lutego 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia

GSL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie oraz
GOLLAND Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Powiat Tomaszowski z siedzibą w Tomaszowie Mazowieckim

przy udziale wykonawcy Gelco Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GSL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz GOLLAND Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia GSL Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz GOLLAND Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Piotrkowie Trybunalskim.

Przewodniczący: .....

Zamawiający - Powiat Tomaszowski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę lądowiska dla śmigłowców Lotniczego Pogotowia Ratunkowego przy ulicy Podleśnej w Tomaszowie Mazowieckim" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 25 listopada 2019 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 627411. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia GSL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i GOLLAND Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez ich błędne zastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego - GELCO Sp. z o.o. pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego - GELCO Sp. z o.o. w sytuacji, gdy oferta ta ma treść niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, odrzucenia oferty Przystępującego - GELCO Sp. z o.o. oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, a także zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołalna Odwołujący wskazał - w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędne zastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia - że kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi 1.135.720 zł brutto, natomiast cena realizacji zamówienia zaproponowana w ofercie Przystępującego, tj. 784.390,21 zł brutto, w sposób znaczący odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, stanowi bowiem 69,07% tej wartości. Przystępujący, wezwany do wyjaśnień dotyczących ceny, załączył tabelaryczne zestawienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dowody te jednak nie mogą zostać uznane za przekonujące, a cena wydaje się być skalkulowana w sposób nierzetelny i nie pokrywa wszystkich niezbędnych kosztów realizacji całości przedmiotu zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący nie udokumentował w sposób obiektywny i wyczerpujący, iż wskazana w ofercie cena nie jest rażąco zaniżona, w tym przede wszystkim znaczeniu, że obejmuje kalkulację całości kosztów oraz uwzględnia zysk. Znajduje to oparcie w art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający dysponuje uprawnieniem do swobodnej oceny wyjaśnień wzywanego wykonawcy i brak jest konkretnego katalogu dowodów, które oferent powinien przedstawić w celu wykazania braku rażąco niskiej ceny, jednak ocena ta nie może być dokonana w sposób dowolny, oderwany od przedstawionych przez danego wykonawcę dowodów. Tymczasem umknęło uwadze Zamawiającego, iż Przystępujący przedstawił uproszczony kosztorys, w którym nie są widoczne wszystkie składniki cenotwórcze, nie udowodnił, że posiada ciężki sprzęt do robót ziemnych ani nie przedstawił ofert podwykonawców na wykonanie przedmiotowego zakresu. Przy tym Przystępujący przedstawił tylko oferty na część materiałów, a nie na wszystkie, zaś Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia i przedstawienia pozostałych ofert. Nadto odniesienia wymaga fakt, że dogłębna analiza danych wynikających z oferty Przystępującego wskazuje, iż wykonawca ten zastosował niski narzut kosztów pośrednich - 50%, co poddaje w wątpliwość, czy ujęte zostały istotne koszty związane z realizacją zadania, takie jak w szczególności pomiary geodezyjne, badania geotechniczne, opracowanie dokumentacji rejestracyjnej w Urzędzie Lotnictwa Cywilnego, dojazdy i zakwaterowanie, diety (wykonawca ma siedzibę w Warszawie), koszty transportu sprzętu, koszty organizacji zaplecza budowy, ochrona placu budowy, wynagrodzenie

kierowników zatrudnionych na umowy cywilnoprawne, wynagrodzenia pracowników zatrudnionych na umowy o pracę. Koszty pośrednie wynagrodzenia to 67% (bez ujęcia urlopów i L4, które są dodatkowym kosztem pracodawcy i powinny być ujęte w kalkulacji). Tym samym cena wskazana przez Przystępującego jawi się jako nierealistyczna, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku, a wyjaśnienia nie znajdują uzasadnienia.

O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

Wyjaśnienia wymagane od wykonawców muszą obiektywnie przekonywać, że podana przez nich cena rzeczywiście nie jest rażąco niska oraz że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Istniejąca rozpiętość cenowa

1 zwrócenie się Zamawiającego do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień elementów mających wpływ na wysokość ceny powinna spowodować, że Przystępujący w sposób szczególnie rzetelny, spójny i kompleksowy wyjaśni przyjęte do kalkulacji ceny oferty stawki. Przystępujący nie podołał temu obowiązkowi, zatem zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający miał obowiązek odrzucić jego ofertę, bowiem dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu Odwołujący wskazał, że przytoczone powyżej argumenty potwierdzają, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji poprzez naruszenie art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty jest bowiem sprzedażą towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co stanowi utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy oferta ta ma treść niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków

zamówienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający jako warunek ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego podał zastosowanie materiałów nowych (nieużywanych). Tymczasem analiza oferty Przystępującego wskazuje, że kontener, który - zgodnie z załącznikiem do kosztorysu Przystępującego - został przez niego zaoferowany jako „Kontener biurowy/altana/stróżówka od TomekKontenery" jest rzeczą używaną, co potwierdza oferta Allegro od „TomekKontenery" z pełnym opisem towaru, w którym widnieje zapis „używany", „prawie nowy".

Zamawiający powinien był więc odrzucić ofertę Przystępującego, ponieważ zataił on fakt, że kontener, który zaoferował, jest rzeczą używaną, a przez to niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Tym samym oferta wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto Zamawiający jako warunek ubiegania się o udzielenie zamówienia określił również

dysponowanie minimum jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót elektrycznych,

posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji

i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (lub odpowiadające im

ważne uprawniania budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej

obowiązujących przepisów).

Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług 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. Zgodnie z pouczeniem wykonawca nie był zobowiązany do złożenia oświadczeń

lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

W odpowiedzi Przystępujący złożył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. W wykazie tym zamieszczono jedynie informacje o numerze ewidencyjnym uprawnień, dacie dokumentu oraz dziedzinie i specjalności uprawnień.

Zamawiający pismem z 21 stycznia 2020 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia oferty, ponieważ wykaz złożony poprzednio nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tj. przy wykazanym kierowniku robót elektrycznych brak było informacji o posiadaniu uprawnień „bez ograniczeń" oraz brak było w wykazie wpisu o osobie posiadającej uprawnienia w specjalności drogowej inżynieryjnej bez ograniczeń.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący nie złożył uzupełnionego wykazu osób, a jednie wyjaśnienia do pierwotnego wykazu. Do pisma nie dołączono dokumentów potwierdzających złożone wyjaśnienia, zatem Przystępujący nie udokumentował w sposób prawidłowy uprawnień „bez ograniczeń" kierownika robót elektrycznych. Dokumentów tych nie można uzyskać zarazem za pomocą bezpłatnych oraz ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. W przypadku kierownika robót elektrycznych udokumentowanie wykształcenia jest niezmiernie istotne, ponieważ posiadać ma on uprawnienia bez ograniczeń w przypadku, gdy wcześniej uzyskane uprawnienia (przed wprowadzeniem zakresu „bez ograniczeń") łączą się z wykształceniem wyższym, a kwestia ta nie została dostatecznie wyjaśniona

1 udokumentowana.

Ponieważ wykonawca nie złożył należytego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, to tym samym oferta wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym odwołanie winno zostać uwzględnione, czynności Zamawiającego powtórzone, oferta Przystępującego odrzucona, a oferta Odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza.

II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o jego oddalenie w całości i zasądzenie od Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych podniósł, że oferta Przystępującego nie zawiera rażąco niskiej ceny. W toku postępowania wykonawca ten został wezwany do złożenia wyjaśnień z uwagi na stwierdzoną przez Zamawiającego wartość oferty, która była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przedstawił wyjaśnienia wraz z dowodami (kosztorysy ofertowe oraz oferty na podstawowe materiały i urządzenia), które pozwoliły Zamawiającemu uznać, iż cena oferty nie jest ceną rażąco niską. W ocenie Zamawiającego wyjaśnienia pozwoliły na uznanie, że oferta zawiera cenę pozwalającą na rzeczywiste wykonanie zamówienia i dającą oferentowi możliwość osiągnięcia zysku na satysfakcjonującym go poziomie. Oferent przedstawił dokumenty potwierdzające możliwość pozyskania usług i materiałów w wykazanych w kosztorysie cenach, w zakresie istotnym dla realizacji zamówienia, tym samym Zamawiający był uprawniony do uznania, że zawarta w ofercie cena nie jest ceną rażąco niską. Podniesione przez Odwołującego czynniki cenotwórcze kosztorysów ofertowych dotyczące kosztu podwykonawców są bezzasadne, ponieważ Przystępujący nie wskazał w swojej ofercie udziału podwykonawców. Natomiast jeśli chodzi o wykazanie 50% kosztów pośrednich, w ocenie Zamawiającego były to koszty realne, zważywszy na to, że koszty pośrednie są zmienne w zależności od terminu realizacji

zamówienia, jak również konieczności korzystania przez pracowników z miejsc noclegowych lub nie, odległości dowozu, dojazdu, posiadania własnej bazy sprzętowej. W zależności od sytuacji przyjmuje się, iż koszty pośrednie mogą stanowi od 50 do 70%.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, aby zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, musiałoby dojść do ustalenia, że albo wykonawca nie udzielił wyjaśnień (w tym udzielone wyjaśnienia są na tyle ogólne, że nie można uznać ich za udzielone), albo złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że została zaoferowana cena rażąco niska.

Z tych względów nie zasługuje na uwzględnienie także zarzut, że Zamawiający w toku postępowania naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Ponadto w treści odwołania jest błąd polegający na wpisaniu, że oferta Odwołującego została odrzucona, co jest nieprawdą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że składając wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący przedstawił m.in. dokument w postaci oferty cenowej dotyczącej kontenera biurowego/altany/stróżówki, który nie zawierał informacji, że jest to produkt używany. Dowód dołączony do odwołania różni się od dokumentu złożonego przez Przystępującego chociażby terminem zakończenia ważności ogłoszenia na stronie (w dokumencie przedstawionym przez Przystępującego termin upływa 19 stycznia 2020 r., natomiast w załączonym do odwołania widnieje 30 stycznia 2020 r.) z czego wynika, iż są to dwie różne oferty cenowe. Przystępujący złożył jednocześnie zapewnienie, że zamówienie zostanie wykonane z zastosowaniem nowych materiałów, zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach Zamawiający nie był zobowiązany do badania czy weryfikowania dokumentu wobec treści złożonego oświadczenia, nie miał podstaw do przyjęcia, że Przystępujący nie będzie wykonywał zamówienia zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również, że oferta nie odpowiada wymaganiom specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tych okolicznościach zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest nieuzasadniony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z niezłożeniem przez Przystępującego należytego wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, Zamawiający wskazał, że Przystępujący 16 stycznia 2020 r. złożył wykaz osób dedykowanych do wykonania zamówienia, a następnie wykaz ten uzupełnił pismem z 17 stycznia 2020 r., wyjaśniając między innymi okoliczności dotyczące uprawnień kierownika robót elektrycznych. Wyjaśnienia były wyczerpujące i nie wymagały dodatkowych informacji czy dokumentów. Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania twierdzeń Przystępującego zwartych w piśmie z 17 stycznia 2020 r., z którego wynikło jednoznacznie, że osoba dedykowana do pełnienia funkcji kierownika robót posiada uprawnienia bez ograniczeń w związku z posiadanym wykształceniem wyższym.

Zamawiający prosił także o wykazanie osoby posiadającej uprawnienia w specjalności drogowej inżynieryjnej bez ograniczeń i również w tym zakresie Przystępujący przedłożył stosowne wyjaśnienia, z których jednoznacznie wynikało, że osoba posiada uprawnienia wymagane przez Zamawiającego.

Zamawiający wymagał na potwierdzenie kwalifikacji osób dedykowanych do wykonania zamówienia złożenia wykazu osób ze wskazaniem kwalifikacji, taki dokument został przez Przystępującego złożony. Dodatkowo Przystępujący na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych złożył oświadczenie potwierdzające, że złożony przez niego wykaz spełniał wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z wymaganiem określonym w pouczeniu odwołującym się do art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający był zatem uprawniony do uznania, że Przystępujący potwierdził warunek ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dokumentów dotyczących uprawnień osób biorących udział w realizacji zamówienia ponieważ, zgodnie z ww. rozporządzeniem, w zakresie dokumentów, jakich może żądać zamawiający, znajduje się jedynie wykaz osób i oświadczenia, że osoby, które będą realizowały zamówienie, posiadają wymagane uprawnienia. W tych okolicznościach

Zamawiający nie był uprawniony do żądania złożenia przez Przystępującego dodatkowych dokumentów, jak również uznania, że oferta podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego czynność rozstrzygnięcia postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty została przez Zamawiającego podjęta zgodnie z obowiązującymi przepisami, a odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie,

III Stanowisko przystępującego po stronie Zamawiającego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Gelco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień

publicznych Przystępujący wskazał, że jest on całkowicie chybiony.

Przystępujący jako podmiot posiadający szerokie doświadczenie w realizacji inwestycji związanych z przedmiotem zamówienia, dokonał rzetelnych i wyczerpujących obliczeń przy kalkulacji oferty na rzecz Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu cena wskazana w ofercie uwzględniała całość kosztów i ryzyk związanych z realizacją zadania. Całkowicie bezpodstawny jest zarzut co do braku przekonujących dowodów w zakresie wyjaśnień w postaci tabelarycznego zestawienia elementów oferty mających wpływ na jej wysokość. Odwołujący twierdzi, że cena wydaje się skalkulowana w sposób nierzetelny oraz

że nie pokrywa wszystkich niezbędnych kosztów realizacji całości przedmiotu zamówienia.

Jednak wbrew twierdzeniom Odwołującego cena zawarta w ofercie była skalkulowana zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i obejmowała pełen zakres robót określony w dokumentacji projektowej, przedmiarach oraz w wyjaśnieniach. Oferta zawierała cenę obejmującą wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, niezbędne do jego

należytego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków, w szczególności koszty związane z realizacją przedmiotu umowy wynikające z postanowień umowy, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów, norm, decyzji, warunków technicznych, zasad współczesnej wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, a także z technologii wykonania robót, konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia i inne.

Zamawiający nie wymagał od podmiotów składających ofertę przedstawienia szczegółowego wyliczenia wszelkich niezbędnych kosztów w ofercie, a jedynie zastrzegł, co taka cena winna

obejmować. Trudno zatem doszukiwać się obowiązku przedkładania przez Przystępującego

szczegółowych tabel z wszelkimi możliwymi kosztami. Zamawiający wskazał, iż cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do kompleksowego zrealizowania zamówienia

wynikające wprost z dokumentacji, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyjaśnień, jak również koszty w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia, czyli koszty robót przygotowawczych, towarzyszących, pomocniczych, porządkowych i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. Składając ofertę Przystępujący nie był zobowiązany do składania tak szczegółowych kalkulacji. Zamawiający zastrzegł też, iż w przypadku pominięcia przez wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części zamówienia określonego w przedmiocie zamówienia oraz dokumentacji i nieujęcia jej w wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawcy nie przysługuje względem Zamawiającego żadne roszczenie z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie. Powyższe dowodzi jedynie, że Zamawiający nie oczekiwał zestawienia wszelkich szczegółowych elementów ceny, gdyż kalkulację ceny pozostawia wyłącznie w gestii wykonawcy. Określił jedynie kryteria, jakie powinna spełniać cena, a nie narzucał obowiązku wykazania i udokumentowania wszelkich jej zakresów. Przystępujący jednak, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, przedstawił sporządzony na potrzeby postępowania kosztorys ofertowy, w którym uwzględnił zakres robót oraz materiałów potrzebnych do realizacji prac. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym dla zaistnienia możliwości zastosowania tego przepisu zamawiający musi mieć pewność, że za cenę zaoferowaną przez wykonawcę nie da się prawidłowo wykonać danego zamówienia lub musi ustalić, że skalkulowany koszt nie umożliwia pokrycia wydatków związanych z wykonaniem jakiegoś elementu zamówienia w sposób prawidłowy. Nadto zamawiający nie może zastosować automatyzmu odrzucenia oferty z ceną podejrzaną o rażąco niską cenę lub koszt. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych ma charakter eliminacyjny i musi być wykładany w sposób ścisły, jak wszystkie przesłanki odrzucenia ofert, które nie mogą być wykładane sprzecznie

z celem ustawy, którym jest wyłonienie konkurencyjnie wybranego wykonawcy. W konsekwencji ustawodawca przewidział instytucję zweryfikowania podejrzeń zamawiającego co do realności ceny, wprowadzając przepisy art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący wykazał możliwość realizacji wskazanego zakresu prac w ramach zaproponowanej ceny, przewidział także zysk na poziomie akceptowalnym dla Spółki. Dlatego też nie sposób twierdzić jakoby nie wykazał realizacji zamówienia z zyskiem, gdyż jego wartość została uwzględniona w kosztorysach. Na dowód powyższego Przystępujący załączył do swojego stanowiska kosztorys szczegółowy dla branży budowlanej oraz elektrycznej, uwzględniający także roboczogodziny, sprzęt oraz materiały niezbędne do realizacji prac.

Biorąc pod uwagę własną organizację i zasoby Przystępującego nie ma on konieczności zawierania umów z podwykonawcami, gdyż sam dysponuje wykwalifikowaną kadrą, która zrealizuje oczekiwany zakres w ramach umowy. Przystępujący dysponuje także niezbędnym sprzętem, zatem nie ma potrzeby przedkładania ofert podwykonawców na wykonanie określonych zakresów zadania.

Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawił przykładowy kontener z aukcji allegro.pl, natomiast ceny kontenerów dostępnych na rynku, spełniających kryteria wymagane przez Zamawiającego kształtują się na poziomie podobnym i niższym niż cena kontenera, który został dołączony do wyjaśnień Przystępującego, będących odpowiedzią na zarzut rażąco niskiej ceny. Wskazana oferta z portalu allegro.pl była jedynie przykładową propozycją, a przewidywany koszt takiego kontenera został uwzględniony w ofercie. Przystępujący nie miał obowiązku przedkładania oferty wykazującej wartość owego kontenera, a załączony wydruk ze strony internetowej ma jedynie charakter poglądowy. Przedłożona przez Przystępującego oferta zakupu kontenera zamieszczona na portalu Allegro miała cenę 12.500 zł brutto, czyli 10.162,60 zł netto, natomiast w kosztorysie budowlanym załączonym przez Przystępującego do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w kosztorysie branży elektrycznej Przystępujący wyszczególnił pozycję montaż kontenera technicznego lądowiska - malowanie zgodnie z odpowiedziami na pytania, wskazując jej wartość na poziomie 23.379 zł netto.

W zakresie zarzutu zastosowanych kosztów pośrednich na poziomie 50% Przystępujący wskazał, iż stawki te ogłaszane są przez Sekocenbud celem ułatwienia ich określania w kosztorysowaniu robót budowlanych. Stawki są publikowane z kwartalnym opóźnieniem, w związku z tym dla I kwartału 2020 r. do wycen przyjmuje się stawki z IV kwartału 2019 r. Stawki te, jeżeli nie są wpisane do umowy jako obowiązujące przy rozliczeniach, należy traktować jako pomocnicze, ale w większości przetargów publicznych stawki te są przyjmowane jako referencyjne.

Dla województwa łódzkiego, poza stolicą województwa, stawki dla robót ogólnobudowlanych inwestycyjnych przedstawiają się następująco: R = 16,40 - 18,72 - 21,50; Kz (koszty zamówienia) = 1,00 - 6,20 - 14,00; Kp (koszty pośrednie) = 40,00 - 65,70 - 80,00; Z (zysk) = 5,00 -10,90 - 20,00. Wobec powyższego określenie kosztów pośrednich na poziomie 50% jest w pełni dozwolone oraz nie są one zaniżone.

Co do zarzutu, że w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący nie dołączył dokumentów potwierdzających złożone wyjaśnienia, co miało skutkować brakiem udokumentowania w sposób prawidłowy uprawnień bez ograniczeń kierownika robót elektrycznych, Przystępujący wskazał, że nie miał obowiązku przedkładania, tj. udokumentowania uprawnień „bez ograniczeń" kierownika robót elektrycznych, a zarzut wynika z mylnej wykładni Odwołującego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający pismem z 15 stycznia 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania w zakresie postawionych zarzutów (w szczególności treść oferty Przystępującego, treść wezwania do wyjaśnień i udzielonych wyjaśnień) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego błędne zastosowanie polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia

oferty Przystępującego w sytuacji, gdy oferta ta ma treść niezgodną z treścią specyfikacji

istotnych warunków zamówienia.

Przepis art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca

ofertę, jeżeli:

2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia; z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

4) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie w związku z tym zachowania uczciwej konkurencji (który odnosi się do zarzutu pierwszego) Izba stwierdziła, co następuje.

Procedura wyjaśniania poziomu ceny w przypadku zaistnienia podejrzenia, że może być ona ceną rażąco niską została opisana w przepisach art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych: „1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 2018 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 zlub 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.

2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na

wykonawcy.

3. 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."

Pismem z 9 stycznia 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia wyjaśnień, „w tym złożenia dowodów". W treści

wezwania wskazał jedynie, że oferta ta jest o ponad 30% niższa od wartości zamówienia

oraz przywołał treść art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie żądał więc wykazania żadnych szczególnych elementów, okoliczności czy złożenia konkretnych dowodów.

Przystępujący w odpowiedzi przedstawił kosztorys ofertowy uproszczony branży elektrycznej i budowlanej oraz wydruki kilku ofert. Wyjaśnienia te nie zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, były więc dostępne dla Odwołującego przed złożeniem odwołania.

Odwołujący jednak, stawiając zarzut istnienia rażąco niskiej ceny, do którego odnosi się art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zupełnie nie ustosunkował się do najistotniejszej części wyjaśnień, jaką jest kosztorys.

Jedyny jego zarzut dotyczył tylko jednego z jego elementów, tj. przewidywanej wysokości kosztów pośrednich w wysokości 50%. Przy czym argumentacja Odwołującego sprowadzała się do tego, że koszty te powinny - w jego opinii - być wyższe (min. 67% dla wynagrodzenia pracowników), w związku z tym Przystępujący nie ujął wszystkich wymaganych kosztów. Zdaniem Odwołującego przedstawione przez Przystępującego „dowody nie mogą zostać uznane za przekonujące, a cena wydaje się być skalkulowana w sposób nierzetelny i nie pokrywa wszystkich niezbędnych kosztów realizacji całości przedmiotu zamówienia". Odwołujący nie poparł tego jednak żadnymi konkretnymi danymi ani wyliczeniami, ani nawet bardziej rozbudowaną argumentacją.

Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie , która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zasada ta została powtórzona w art. 190 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Co prawda zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w niniejszym przypadku ciężar dowodu, że oferta nie zawiera niskiej ceny, spoczywał na Przystępującym, jednak nie oznacza to, że Odwołujący w ogóle jest zwolniony nie tylko z przedstawiania dowodów w odwołaniu lub podczas rozprawy, ale też może jedynie w odwołaniu „rzucić" ogólnikowy zarzut zamiast go prawidłowo sformułować, tj. m.in. prawidłowo uzasadnić i chociaż uprawdopodobnić.

W przypadku zarzutu istnienia rażąco niskiej ceny oznacza to co najmniej konieczność odniesienia się do własnej kalkulacji. Przy czym kalkulacja to „obliczenie, wyliczenie, rachunek", zatem powinna zawierać jakieś dane liczbowe. W przypadku złożenia przez Przystępującego kosztorysów (nawet uproszczonych), powinny też one zostać zanegowane jako nieprawidłowo obliczone - ale w konkretny sposób, kontrwyliczeniami.

Jak podkreślali Zamawiający i Przystępujący, a czemu nie przeczył Odwołujący, koszty pośrednie na poziomie 50% mieszczą się w granicach statystycznych dla lokalnego obszaru (50-70%). Tym samym samo stwierdzenie Odwołującego, że są w jego przekonaniu zbyt niskie, nie może stanowić podstawy uwzględnienia zarzutu.

W związku z powyższym zarzuty te nie mogły zostać uwzględnione.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca zaoferował używany kontener, Izba stwierdziła, co następuje.

Odwołujący zarzucił ofercie Przystępującego niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez niezgodność z zawartym w niej wymaganiem zastosowania do realizacji zamówienia materiałów nowych (nieużywanych), podczas gdy z wyjaśnień udzielonych przez Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że Przystępujący zaoferował kontener według oferty z Allegro pod nazwą „Kontener biurowy/altana/stróżówka od TomekKontenery", używany.

Strony i Przystępujący były zgodne, że takie wymaganie (wykorzystania materiałów nowych) zostało przez Zamawiającego postawione.

Może się zdarzyć w postępowaniu (i w praktyce się zdarzało), że z wyjaśnień ceny wyniknie, iż jedną z przyczyn niskiego poziomu ceny oferty jest to, że zaoferowano przedmiot o właściwościach innych niż wymagane przez zamawiającego, co stanowić będzie podstawę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednak musi być to przedmiot nierozerwalnie związany z daną ofertą, np. wskazany albo opisany w niej, którego zmiana oznaczałaby jednocześnie niedozwoloną zmianę oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 zdanie 2. ustawy Prawo zamówień publicznych („Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakichkolwiek zmian w jej treści.").

Jednak w niniejszej sprawie w ofercie nie wskazano konkretnego oferowanego kontenera,

nie został opisany (ten konkretny kontener) w opisie świadczenia - nie ma tu więc mowy o zmianie treści oferty. Przystępujący wskazywał też, że przedstawiona oferta nie dotyczyła konkretnego kontenera, który zamierza zakupić, lecz przykładowego, a chodziło w niej

jedynie o pokazanie rynkowego poziomu ceny.

Zamawiający i Przystępujący negowali też, że załączona do wyjaśnień oferta dotyczy kontenera używanego, gdyż nie ma w niej takiego stwierdzenia.

W związku z powyższym Izba uznała, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty również w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący w odniesieniu do przedmiotowego kontenera zarzut swój sformułował jedynie w stosunku do tego, że jest on materiałem używanym, natomiast nie co do innych jego właściwości (parametrów). Tym zarzutem Izba jest więc ograniczona - zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo niezłożenia przez niego prawidłowego wykazu osób, potwierdzającego dysponowanie kierownikiem robót elektrycznych posiadającym uprawnienia budowlane „bez ograniczeń" Izba stwierdziła, co następuje.

Na wstępie Izba zauważa, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest tu prawidłową podstawą prawną i Odwołujący powinien był powołać się na zaniechanie

wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający wyklucza wykonawcę, który m.in. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z rozdziałem 5. ppkt 5.3.2. lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia ubiegający się o zamówienie wykonawca musiał wykazać dysponowanie minimum jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót elektrycznych, posiadającą uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń (lub odpowiadające im ważne uprawniania budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów).

Na potwierdzenie tego miał przedstawić na żądanie Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami - załącznik nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 5.6.3 specyfikacji).

Przystępujący złożył taki wykaz według wzoru przedstawionego w załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zawierał on kolumny: „Imię i nazwisko", „Informacja na temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień", „Zakres czynności" i „Podstawa dysponowania".

W kolumnie „Informacja na temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień" dla kierownika robót eklektycznych Przystępujący wskazał: „Stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego nr ... z dnia... do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych".

Zamawiający, 21 stycznia 2020 r., wezwał Przystępującego do uzupełnienia oferty „o następujący dokument: - wykaz osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług 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, - wg wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ." Zamawiający dodał jednak, że „wzywa Wykonawcę do uzupełnienia w/w dokumentu ponieważ, wykaz złożony przez Wykonawcę, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu tj. przy wykazanym kierowniku robót elektrycznych brak informacji o posiadaniu uprawnień <<bez ograniczeń>> oraz brak w wykazie wpisu o osobie posiadającej uprawnienia w specjalności drogowej inżynieryjnej bez ograniczeń."

22 stycznia 2020 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi, w której wskazał, iż Zamawiający w punkcie 5.3.2 lit. a) i lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odnośnie wymaganych uprawnień podał, że chodzi też o odpowiadające uprawnieniom bez ograniczeń „ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów". Natomiast przedstawiony w wykazie osób kierownik robót elektrycznych posiada stwierdzenie posiadania przygotowania zawodowego z roku 1984 r. do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynieryjnej w zakresie instalacji elektrycznych. Podział uprawnień na uprawnienia bez ograniczeń i w ograniczonym zakresie został wprowadzony przepisami ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane. Zgodnie z obowiązującym w okresie od 1928 do 1995 r. stanem prawnym do uprawnień bez ograniczeń zalicza się uprawnienia nadane osobom z wyższym wykształceniem technicznym odpowiednim dla danej specjalności oraz gdy w treści uprawnień nie zawarto pojęć o charakterze przedmiotowym lub podmiotowym ograniczających ich zakres. Wykształcenie wskazanej osoby w momencie uzyskania ww. uprawnień oraz ich treść jednoznacznie świadczy o tym, iż te uprawnienia należy uznać za uprawnienia budowlane bez ograniczeń.

Na wstępie Izba zauważa, że Odwołujący zarzut swój sformułował w odniesieniu do nieudokumentowania posiadania przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót elektrycznych uprawnień bez ograniczeń, zatem tym zarzutem Izba jest ograniczona - jak już wskazano powyżej, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte

w odwołaniu.

Dla porządku Izba zauważa też, że - porównując treść punktu 5.6.3 specyfikacji istotnych

warunków zamówienia, załącznika nr 4 do specyfikacji oraz warunku udziału

w postępowaniu - łatwo stwierdzić, że punkt 5.6.3. jest częściową kopią § 2 ust. 4 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 27 lipca 216 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126) i swoim zakresem nie przystaje ani do warunku udziału w postępowaniu, ani do

wzoru zawartego w załączniku nr 4. Zamawiający ani w warunku, ani we wzorze wykazu nie odnosił się bowiem do takich kwestii jak doświadczenie wykonawcy.

Poza tym - ze względu na brak warunku w tym zakresie - nie ma podstawy do wykluczenia wykonawcy, ponieważ art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych odnosi się

do niewykazania spełnienia warunku. Zatem podstawą wykluczenia wykonawcy byłoby tylko

niewykazanie spełnienia któregoś z elementów warunku, a nie np. braku informacji o doświadczeniu, które nie było wymagane.

Podobnie w przypadku ewentualnych rozbieżności w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak np. przedmiotowe różnice w opisie dokumentu i jego wzorze przygotowanym przez zamawiającego - w takich przypadkach przyjmuje się zasadę, że błąd zamawiającego nie może obciążać wykonawcy, który przygotował dokument zgodnie ze wzorem.

Znaczenie ma też sama treść wezwania do uzupełnienia dokumentu, tj. do czego konkretnie zamawiający wzywał.

Sam Zamawiający ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ani w wezwaniu do przedstawienia czy uzupełnienia dokumentów nie wskazywał na konieczność przedstawienia

przez Przystępującego kopii dokumentu potwierdzającego uprawnienia osób wskazanych na stanowisko kierownika robót. Wezwanie zaś do uzupełnienia wykazu osób dotyczyło braku wskazania w tym wykazie uprawnień „bez ograniczeń".

Analizując jednak decyzję o przyznaniu osobie wskazanej na stanowisko kierownika robót elektrycznych należy stwierdzić, że w decyzji tej nie ma stwierdzenia „bez ograniczeń" - jest to decyzja z 1984 r. Zatem zrozumiałe jest, że również Przystępujący w wykazie osób nie wpisał słów „bez ograniczeń" i nie zrobiłby tego w ramach uzupełnienia dokumentu. Jeśli więc nie było konkretnej treści do wpisania do wykazu (Zamawiający nie żądał np. przepisania z decyzji szczegółowego zakresu uprawnień), nie wiadomo, na czym to uzupełnienie miałoby polegać. Tym samym w tym akurat przypadku wyjaśnienia zakresu uprawnień wskazujące, że są to uprawnienia odpowiadające zakresowi „bez ograniczeń", były prawidłową reakcją Przystępującego. Wykonawca mógł też z własnej woli dołączyć kopię decyzji przyznającej uprawnienia, ale nie był do tego zobowiązany.

W związku z powyższym Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia Przystępującego w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych czy też jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając uiszczony przez Odwołującego wpis w wysokości 10.000 złotych.

Przewodniczący: .....