

WYROK
z dnia 25 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2017 r. przez wykonawcę:

Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o., ul. Komunalna 8, 62 - 700 Turek
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Turek, ul. Ogrodowa 4, 62-700 Turek,**

przy udziale wykonawcy **J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych J. W., ul. Zaręby 16/9 62-740 Tuliszków** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 lipca 2017 r.,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy - J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych J. W. - na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art. 22a ust. 2 Pzp oraz odrzucenie oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp,
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego: **Gmina Turek, ul. Ogrodowa 4, 62-700 Turek, i:**

1

-
- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. , ul. Komunalna 8 , 62 - 700 Turek** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Gmina Turek, ul. Ogrodowa 4, 62-700 Turek** na rzecz wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. , ul. Komunalna 8 , 62 - 700 Turek** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 Koninie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Turek prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w m. Cisew - etap III”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 503216-N-2017 w dniu 8 maja 2017 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych sp. z o.o. z siedzibą w Turku wniósł odwołanie wobec czynności dokonanej przez Zamawiającego w dniu 4 lipca 2017 r. tj. wyboru jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez wykonawcę J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych J. W..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), tj.:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego;

art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. art. 22a ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia 2. z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej wobec nieprzedstawienia odpowiedniego zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia oraz ilości zatrudnionego personelu;

3. art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie, iż wyjaśnienia złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty stanowiły wykazanie i udowodnienie, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4. art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Robót Drogowo - Budowlanych na skutek braku wykazania, Przedsiębiorstwa że zaoferowana cena jest rażąco niska;

5. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo iż oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą;

6. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp, poprzez naruszenie obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

7. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Budowlanych, która zawiera rażąco niską cenę;

8. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa

3

Robót Drogowo - Budowlanych, która jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wobec niezłożenia oświadczenia o udostępnieniu do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia niespełniającego warunków określonych w SIWZ oraz którego treść narusza przepisy Pzp mimo, iż Zamawiający był do dokonania powyższej czynności zobowiązany na mocy wskazanych przepisów ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Budowlanych jako najkorzystniejszej;

ponowienia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu; 2.

3. wykluczenia z postępowania Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych jako wykonawcy, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu;

odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Budowlanych jako oferty 4. zawierającej rażąco niską cenę oraz niezgodnej z SIWZ;

uznania oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Budowlanych za odrzuconą z tytułu 5. dodatkowych argumentów wskazanych w odwołaniu.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odwołania na okoliczności przedstawione i wskazane w odwołaniu oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa prawnego.

Odwołujący wskazał na postanowienia pkt 5.3.3 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu, zdolności techniczne i zawodowe” oraz podniósł, że wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych w Wykazie robót budowlanych, celem

wykazania spełniania warunku określonego w pkt 5.3.3. lit.a SIWZ, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego - roboty wykonane przez spółkę pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o.

W odniesieniu do treści ww. Wykazu robót budowlanych, Odwołujący zarzucił niezgodność w kwotach wskazanych w wykazie oraz referencjach udzielonych spółce Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. gdyż wartość brutto robót dot. budowy sieci kanalizacji sanitarnej w mieście Miejska Górka i wsi Karolinki w wykazie opiewa na wartość 13.599.418,61 zł, natomiast w referencjach całkowita wartość wykonanych robót wynosi 16.823.169,90 zł. Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tej oczywistej rozbieżności w treści oferty wykonawcy.

Ponadto, w pkt 5.3.3 lit. c SIWZ Zamawiający wymagał wykazania, iż w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku, gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca posiada średnioroczne zatrudnienie, w tym personel kierowniczy, w liczbie co najmniej 20 pracowników.

4

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych w celu spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu również powołało się na zasoby podmiotu trzeciego – tj. zatrudnienie spółki Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o.

Zamawiający wezwał Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych w dniu 21 czerwca 2017 r. do złożenia „wyjaśnień dotyczących uzupełnienia zobowiązania o udostępnienie zdolności zawodowych i technicznych”. Wyjaśnienia miały obejmować informacje dot.:

- danych podmiotu udostępniającego zasób oraz przyjmującego zasób,
- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia oraz czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych przedstawiło własne oświadczenie pn. „Uzupełnienie zobowiązania o udostępnienie zdolności zawodowych i technicznych”, a nie zobowiązanie podmiotu trzeciego. Oznacza to, że zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów nie zostało przez wykonawcę uzupełnione.

Ponadto, treść tego dokumentu nie czyni zadość wezwaniu Zamawiającego. Nie wynika z niego, jaki będzie zakres zasobów innego podmiotu udostępnionych wykonawcy. W tych okolicznościach złożone oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudniania w podmiocie udostępniającym zasoby - Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. nie stanowi zobowiązania ww. podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności technicznych i zawodowych.

Dodatkowo, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych nie określiło zakresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, jak również z pkt 5 ww. wyjaśnień nie wynika, iż to podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi.

Odwołujący wskazał na poważne wątpliwości odnośnie możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie warunku dotyczącego odpowiedniego poziomu zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę, poprzez udział tego podmiotu trzeciego w realizacji zadania jako podwykonawcy. Przedmiotowy warunek dotyczy pozostawania przez wykonawcę w stosunku pracy z określoną liczbą osób fizycznych.

5

Stosunek pracy znacząco różni się od stosunku prawnego wynikającego z umowy cywilnoprawnej zawartej ze Spółką będącą pracodawcą. Ponadto, stałość zatrudnienia wymagana przez okres 3 lat wymagana przez Zamawiającego powinna stanowić potwierdzenie wiarygodności oferenta - możliwość bezpośredniego dysponowania przez

niego odpowiednią kadrami przez cały okres realizacji inwestycji. Zatem, nawet wykazywanie udostępnienia przedmiotowych zasobów - poprzez udział tego podmiotu w realizacji drobnej części zamówienia w charakterze podwykonawcy - nie stanowi potwierdzenia rzeczywistego dostępu do tych zasobów i możliwości korzystania z nich w dowolnym czasie, zgodnie z SIWZ. Z treści oferty nie wynika, aby zorganizowana część spółki Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. (w postaci zespołu osób) miałyby np. zostać przejęta przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych lub aby podmioty te zawarły jakiegokolwiek porozumienie dotyczące przejścia pracowników. Odwołujący powołał się na orzecznictwo - wyrok KIO z dnia 13 lipca 2010 r., KIO 1288/10. Wskazał, że udowodnienie dysponowania zasobami powinno obejmować nie tylko wykazanie faktu udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, ale także wykazanie rzeczywistego dostępu wykonawcy do potencjału danego podmiotu.

Powyższe okoliczności uzasadniają zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22a ust. 2 w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Złożone oświadczenia nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - w szczególności w zakresie doświadczenia oraz ilości zatrudnionego personelu, bowiem niemożliwe jest udostępnienie zatrudnionych pracowników innemu podmiotowi. Wykonawca nie wykazał, w jaki sposób i w jakiej formie miałyby nastąpić udostępnienie i dysponowanie zasobem innego podmiotu.

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych nie przedłożyło wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów wymaganego postanowieniami SIWZ ani innego dowodu potwierdzającego rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego. Oświadczenie o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego nie spełnia wymogów Pzp, rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz pkt 5.4 SIWZ „Dysponowanie zasobami innych podmiotów”, który stanowi, że 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. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych

6

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Za niewystarczające dla udowodnienia, w świetle powyżej przytoczonego fragmentu SIWZ oraz przepisów Pzp, faktu dysponowania odpowiednimi zasobami w zakresie doświadczenia, należy uznać złożenie jedynie ogólnego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, które nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego.

Mając na uwadze powyższe trzeba uznać, iż oświadczenie o udostępnieniu zasobów nie spełnia ww. wymagań i tym samym wykonawca nie przedłożył zobowiązania podmiotu trzeciego, a Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisów oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która jest niezgodna z SIWZ.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp nastąpiło wskutek naruszenia obowiązku udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz na dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty z pominięciem ustawowego obowiązku wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł także, że w pkt 5.4.3 SIWZ wskazano, iż Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 Pzp. O świadczenie Przedsiębiorstwa Robót Drogowo - Budowlanych o braku podstaw do wykluczenia dotyczące podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca, nie zawiera oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp.

Zamawiający, nie wzywając do uzupełnienia oferty w tym zakresie, dopuścił do udziału wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu.

Odwolujący zauważył ponadto, że oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia podmiotu, na którego zasoby powołuje się Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych nie wskazuje numeru prowadzonego przez Krajowy Rejestr Sądowy dla spółki Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. mimo, że formularz załączony do SIWZ tego wymagał. W tym zakresie Zamawiający również nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia.

Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych w sposób niewystarczający wykazało brak rażąco niskiej ceny złożonej oferty. W wyjaśnieniach z dnia 30 maja 2017 r. wykonawca podkreślił, że cena ryczałtowa za wykonanie zamówienia jest ceną stałą

7

i niezmienną, dlatego została określona na tak niskim poziomie. Powyższy pogląd budzi wątpliwości biorąc pod uwagę orzecznictwo oraz poglądy doktryny, które stanowią, że w przypadku istotnej zmiany okoliczności oraz stosunków, ryczałt może ulec zmianie. Przyjęcie przez wykonawcę tak ryzykownych założeń i opieranie się na przekonaniu o niezmienności ryczałtu niesie za sobą poważne ryzyko dla Zamawiającego.

W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 29 maja 2017 r., Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych nie przedstawiło żadnego rozbicia ceny, o które wyraźnie wnioskował Zamawiający. Mając na względzie charakter ryczałtu, wykonawca musiał mimo wszystko dokonać obliczeń oferowanej ceny, rozbijając ją na poszczególne czynniki cenotwórcze, inaczej nie byłby w stanie skalkulować kosztów wykonania zamówienia.

Wykonawca nie podał również żadnej argumentacji w celu uzasadnienia, że jego oferta stanowi tylko ok. 55% średniej arytmetycznej ceny ofert oraz jest niższa o prawie 54% od wartości zamówienia. Jak wykonawca sam przyznał w treści wyjaśnień, niektóre elementy zaoferowanej ceny są nietypowo niskie, a wręcz wycenione w sposób nierealny. Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp, „Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości (...) zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu”. Powyższe potwierdza, że nawet jeżeli jeden z elementów oferty jest rażąco niski, oferta może podlegać odrzuceniu. W konsekwencji, Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający naruszył także art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo - Budowlanych jako najkorzystniejszej, pomimo że to oferta złożona przez Odwołującego jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisu art. 2 ust. 5 Pzp

W dniu 12 lipca 2017 r. wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych J. W.

z siedzibą w Tuliszkowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Pismem z dnia 21 lipca 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania, podnosząc, że odwołanie dotyczy czynności, która nie wchodzi w zakres przesłanek uprawniających do wniesienia odwołania, określonych w art. 180 ust. 2 Pzp, ewentualnie oddalenie odwołania, jako niezasadnego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 Pzp, gdyż wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych nie udowodnił spełnienia

8

warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego poziomu zatrudnienia i/lub nieuznania zobowiązania złożonego przez podwykonawcę Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca przedłożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz samodzielnie dysponuje 18 pracownikami skierowanymi do wykonania zamówienia, co należy oceniać proporcjonalnie. Podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do częściowej realizacji zamówienia jako podwykonawca. Ponadto wykonawca uzupełnił zobowiązanie do

przekazania zasobów na wezwanie z dnia 21 czerwca 2017 r., wskazując zakres dostępnych zasobów oraz okres udostępnienia, a forma udziału podmiotu trzeciego w postaci podwykonawstwa implikuje konieczność wykonania robót i usług przez podmiot trzeci. Tym samym podmiot trzeci będzie zobowiązany również do zatrudnienia osób wykonujących przedmiot zamówienia, na umowę o pracę stosownie do brzmienia art. 29 ust. 3a Pzp.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych, Zamawiający wyjaśnił, że sposób uzasadnienia i argumentacja przedstawiona przez tego wykonawcę co do faktu, że cena oferty nie jest rażąco niska, jest w zasadzie tożsama, jak w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego. Zamawiający podziela opinię ww. wykonawcy, że nie był on zobowiązany wskazywać poszczególnych elementów cenowych oferty, a podane przez niego czynniki kosztowe zostały przez niego wyjaśnione w stopniu uzasadniającym uznanie ich za wiarygodne i potwierdzające, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie zostało rozpoznane w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania, w tym w szczególności przesłanki określonej w art. 189 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp. W tym zakresie Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania. Izba wzięła pod uwagę, że przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, wskazuje jednoznacznie, że w postępowaniu

9

o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów tzw. unijnych wykonawcy przysługuje odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Czynność ta może być zaskarżona przez wykonawcę jako wynik błędnej oceny danej oferty przez Zamawiającego, i w efekcie - jako następstwo zaniechania wykluczenia danego wykonawcy lub zaniechania odrzucenia danej oferty. Wybór oferty najkorzystniejszej powinien być zatem rozumiany szeroko, jako efekt wszelkich działań Zamawiającego związanych z badaniem i oceną ofert złożonych w postępowaniu, składających się na decyzję o wyborze danej oferty jako najkorzystniejszej, tj. oferty, która nie podlega odrzuceniu oraz która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu albo ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych J. W. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W okolicznościach niniejszej sprawy potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. art. 22a ust. 2 Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, wobec nieprzedstawienia przez wykonawcę odpowiedniego zobowiązania do udostępnienia zasobów w zakresie doświadczenia oraz zatrudnionego personelu.

Zamawiający określił w punkcie 5.3.3 SIWZ „Warunki udziału w postępowaniu, zdolności techniczne i zawodowe”. Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca:

a) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 3 roboty budowlane, zbliżone jak w przedmiocie zamówienia, za kwotę łącznie co najmniej 2.500.000,00 zł brutto (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych brutto 00/100), w tym

jedną robotę budowlaną obejmującą wykonanie co najmniej 2 km sieci kanalizacji sanitarnej wraz z 2 przepompowniami.

b) dysponuje co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy posiadającą uprawnienia budowlane w branży sanitarnej - bez ograniczeń; dysponuje co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane w zakresie branży elektrycznej oraz co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane w zakresie branży drogowej.

10

c) w ostatnich 3 latach przed upływem terminu składania ofert, a w przypadku gdy okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, posiada średnioroczne zatrudnienie, w tym personel kierowniczy, w liczbie co najmniej 20 pracowników.

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego i zawodowego wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych złożył w ofercie załącznik nr 3 do SIWZ „Oświadczenie o udostępnieniu zasobów” z dnia 24 maja 2017 r., w którym podmiot Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierii „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów technicznych i zawodowych na rzecz tego wykonawcy, poprzez udział własny (pracownicy firmy PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o.) w realizacji robót. Powyższe zobowiązanie zawiera bardzo krótkie i ogólne oświadczenie ww. podmiotu, bez określenia terminu, zakresu oraz sposobu udostępnienia zasobów na rzecz wykonawcy.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 czerwca 2017 r. do przedłożenia wymaganych dokumentów ww. wykonawca przedłożył w dniu 9 czerwca 2017 r. m.in. „Oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u Podwykonawcy” złożone przez PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. z dnia 24 maja 2017 r. - na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.3.3. c), Wykaz robót budowlanych wykonanych samodzielnie przez wykonawcę, obejmujący „Budowę sieci kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Gniazdów i Boczków” o wartości 3 063 640,78 zł - na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 5.3.3. a) SIWZ oraz w odniesieniu do tego warunku także Wykaz robót budowlanych wykonanych przez PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o., obejmujący trzy roboty o wartościach odpowiednio: 13 599 418,61 zł, 37 799 613,80 zł, 11 592 649,79 zł, wraz z referencjami.

W odniesieniu do treści Wykazu robót budowlanych, Odwołujący zarzucił w odwołaniu brak wyjaśnienia przez Zamawiającego rozbieżności co do wartości wskazanych w wykazie oraz w referencjach udzielonych spółce PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. odnośnie robót dot. budowy sieci kanalizacji sanitarnej w mieście Miejska Górka i wsi Karolinki (w wykazie – wartość robót wynosi 13.599.418,61 zł, a w referencjach - 16.823.169,90 zł).

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że spełnienie warunku doświadczenia przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych stwierdził na podstawie roboty wykonanej samodzielnie przez tego wykonawcę, której wartość przekracza wartość wymaganą w ramach warunku łącznie dla trzech zamówień, tj. 2 500 000,00 zł. Zamawiający nie wyjaśniał zatem ww. rozbieżności w wartościach, gdyż uznał, że nie mają one znaczenia dla wykazania spełniania warunku.

Powyższe stanowisko Zamawiającego jest błędne, w ocenie Izby. Wykaz robót w ramach doświadczenia udostępnionego przez PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. powinien podlegać ocenie w kontekście warunku określonego w pkt 5.3.3 lit.a). Zważyć

11

należało, że Zamawiający wymagał wykazania co najmniej 3 robót (umów/zamówień) o określonej łącznej wartości, a nie 1 roboty o danej wartości. Zgodnie z treścią warunku, oprócz wartości, istotna jest również ilość wykonanych zamówień określonego rodzaju. W świetle jednoznacznej treści warunku Zamawiający nie mógł przyjąć, że jedna robota budowlana o wartości przekraczającej wartość ustaloną przez Zamawiającego, jako łączna dla trzech zamówień, wskazana w Wykazie wykonanych robót wykonawcy, spełnia warunek wymagający wykonania trzech odrębnych robót. Doświadczenie wynikające z wykonania jednego zadania nie jest bowiem tożsame z doświadczeniem w wykonaniu trzech zadań, nawet jeśli wartość tej roboty jest wyższa. Zatem, w niniejszej sprawie doświadczenie własne wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych nie jest wystarczające do spełnienia warunku określonego w pkt 5.3.3 lit.a) SIWZ. Zamawiający powinien był zatem

dokonać oceny spełniania tego warunku w oparciu o wykaz wykonanych robót złożony przez podmiot udostępniający swoje zasoby, tj. PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. w złożonym wykazie. Stosownie do powyższego, Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do wyjaśnienia wszelkich wątpliwości co do treści złożonych w tym zakresie dokumentów, tj. wykazu i referencji. Izba nie nakazała jednak wykonania tych czynności ze względu na fakt, że wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych podlega wykluczeniu z innych przyczyn, a jego oferta podlega odrzuceniu, o których to przesłankach mowa będzie poniżej w uzasadnieniu wyroku.

W związku z powoływaniem się przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych na zasoby innego podmiotu i złożone w ofercie oświadczenie o udostępnieniu zasobów Zamawiający wezwał wykonawcę w dniu 21 czerwca 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia „wyjaśnień dotyczących uzupełnienia zobowiązania o udostępnienie zdolności zawodowych technicznych”. Jak wyjaśnił Zamawiający na rozprawie, powyższe oświadczenie nie zawierało wszystkich wymaganych informacji, pozwalających na stwierdzenie, że udostępnienie zasobów ma charakter realny i zapewnia prawidłową realizację zamówienia. Zarówno wskazana w wezwaniu podstawa prawna, jak i cel wezwania przesądzały o tym, że wykonawca został wezwany do uzupełnienia zobowiązania o udostępnieniu wykonawcy swoich zasobów przez inny podmiot.

Wykonawca w odpowiedzi na powyższe wezwanie przedstawił dokument „Uzupełnienie zobowiązania o udostępnienie zdolności zawodowych i technicznych”, który stanowi oświadczenie własne wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych, a nie oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby. Tym samym, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów nie zostało przez wykonawcę uzupełnione. Zamawiający jednoznacznie przyznał na rozprawie, że pierwotne zobowiązanie o udostępnieniu zasobów zawierało istotne braki, a zatem

12

podlegało uzupełnieniu. Uzupełniony dokument – oświadczenie wykonawcy nie może zastępować zobowiązania innego podmiotu, które jest wymagane jako, jeden z możliwych do przedłożenia, dowód potwierdzający oddanie mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, stosownie do art. 22a ust. 2 Pzp. Złożony w ofercie dokument nie zawiera informacji koniecznych do wykazania spełniania warunków udziału, gdyż nie potwierdza przede wszystkim zobowiązania podmiotu trzeciego co do określonego zakresu udostępnianych zasobów, sposobu udostępnienia zasobów, terminu udostępnienia zasobów, charakteru stosunku łączącego podmiot trzeci z wykonawcą, zakresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, zapewniającego rzeczywistą możliwość korzystania przez wykonawcę z udostępnionych mu zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Oświadczenie własne wykonawcy nie jest wystarczające, w świetle art. 22a ust. 2 Pzp do udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia.

Złożone przez wykonawcę „Oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u Podwykonawcy” tj. w PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. stanowi co prawda dokument potwierdzający spełnienie warunku określonego w pkt 5.3.3. lit. c) SIWZ, jednak dokument ten nie jest wystarczający do potwierdzenia, że potencjał kadrowy związany z tym warunkiem udziału w postępowaniu zostanie wykonawcy udostępniony. Dokument ten nie stanowi zobowiązania PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności technicznych i zawodowych, potwierdzającego realne udostępnienie zasobów w zakresie kadrowym na rzecz wykonawcy.

W świetle orzecznictwa KIO i sądów okręgowych nie budzi wątpliwości fakt, że dysponowanie zasobami musi być jednoznaczne, niebudzące wątpliwości i realne, gwarantujące należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że dysponowanie zasobami tego podmiotu ma charakter realny. Treść zobowiązania powinna zatem bezspornie i jednoznacznie wskazywać zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Wyłącznie poprzez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z udostępnionych mu zasobów, może nastąpić udowodnienie zamawiającemu

posiadania prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia.

Brak wykazania powyższych okoliczności w złożonym zobowiązaniu podmiotu trzeciego potwierdza zasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 22a ust. 2

13

w zw. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Złożone oświadczenia nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej - w szczególności w zakresie doświadczenia oraz zatrudnionego personelu. Wykonawca nie wykazał bowiem, w jaki sposób i w jakiej formie miałyby nastąpić udostępnienie i dysponowanie zasobem innego podmiotu. Wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów wymaganego postanowieniami SIWZ (pkt 5.4 SIWZ) ani innego dowodu potwierdzającego rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego. Za niewystarczające dla udowodnienia, w świetle powyżej przytoczonego fragmentu SIWZ oraz przepisów Pzp, faktu dysponowania odpowiednimi zasobami w zakresie doświadczenia należy przy tym uznać złożenie jedynie ogólnego oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby.

O oświadczenie wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp dotyczące podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca, nie było wymagane w przedmiotowym postępowaniu, zważywszy, że Zamawiający jednoznacznie wskazał w pkt 5.2.1 SIWZ, że nie przewiduje wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 Pzp.

Dodatkowo Izba zważyła, że fakt, iż oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca, nie wskazuje numeru prowadzonego przez Krajowy Rejestr Sądowy dla spółki PBI „EKO - INŻYNIERIA” sp. z o.o. mimo, że formularz załączony do SIWZ tego wymagał, stanowi jedynie nieistotny brak formalny, gdyż informacja ta jest dostępna w publicznym rejestrze, wobec czego Zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia tej informacji.

W okolicznościach niniejszej sprawy Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Budowlanych. Odwołujący uzasadnił ten zarzut, wskazując, że oferta jest niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - wobec braku złożenia przez wykonawcę oświadczenia o udostępnieniu do dyspozycji wykonawcy przez podmiot trzeci niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia spełniającego warunki określone w SIWZ oraz którego treść narusza przepisy Pzp. Izba wskazuje, że brak złożenia rzeczono oświadczenia (zobowiązania) spełniającego wymogi SIWZ stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, gdyż dokument ten składany jest w celu wykazania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Nie jest to dokument składany na potwierdzenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ, wobec czego błędy w tym dokumencie nie stanowią o niezgodności w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba nie stwierdziła jednocześnie naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez uznanie przez Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-

14

Budowlanych dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty stanowiły prawidłowe wykazanie i udowodnienie, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Izba wskazuje, że jednoznaczna treść tego przepisu dotyczy przesłanek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji ceny oferty lub kosztu, natomiast nie dotyczy oceny przez Zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Zarzut dotyczący sposobu oceny przez Zamawiającego wyjaśnień złożonych przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych zostanie omówiony w ramach zarzutu poniżej.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych, który nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, a tym samym złożone wyjaśnienia uzasadniają uznanie, że cena tej oferty jest ceną rażąco niską.

W postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, w tym 3 oferty zawierające cenę odbiegającą o ponadto 30% od wartości zamówienia, w tym oferta Przystępującego i Odwołującego. Powyższe trzy oferty podlegały wyjaśnieniu w trybie art. 90 ust. 1a Pzp w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w celu umożliwienia wykonawcom wykazania, że cena oferty nie jest rażąco niska.

Oferta złożona przez Przystępującego, według wyjaśnień Zamawiającego, jest niższa o 40,47% od wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i o 44,7% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Zamawiający skierował do wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych wezwanie do złożenia wyjaśnień w dniu 29 maja 2017 r. na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający, powołując się na treść art. 90 ust 1a pkt 1 Pzp wezwał wykonawcę m.in. do przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty, w tym wyceny wszystkich elementów, które wykonawca planuje wykorzystać przy realizacji zamówienia, przedłożenia stosownych dowodów oraz wykazania, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona.

Wykonawca złożył wyjaśnienia pismem z dnia 30 maja 2017 r., do którego załączył „poświadczenie” firmy Rurex Sp. z o.o. z 30 maja 2017 r. Wykonawca wskazał, że cena ryczałtowa, którą przewidział za wykonanie zamówienia jest ceną stałą i niezmienną z racji jej ryczałtowego charakteru i dlatego została określona na tak niskim poziomie. Wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach jakiegokolwiek kalkulacji ceny oferty lub choćby jedynie wybranych najistotniejszych kosztów realizacji zamówienia. W treści wyjaśnień wykonawca stwierdził, że niektóre elementy zaoferowanej ceny są nietypowo niskie, a nawet gdyby były wycenione w sposób nierealny, to nie stanowi to podstawy do odrzucenia oferty.

15

Jednocześnie wykonawca nie przedstawił w wyjaśnieniach żadnego merytorycznego uzasadnienia do przyjęcia ceny oferty na tak niskim poziomie. Do wyjaśnień nie zostały załączone dowody, które uwiarygodniłyby możliwość prawidłowego wykonania zamówienia za oferowaną cenę.

Zamawiający, dokonując oceny wyjaśnień, podzielił stanowisko przedstawione przez wykonawcę, w szczególności przyjmując, że zaoferowana cena ryczałtowa obejmuje wszystkie prace objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający wziął pod uwagę, że wykonawca za zaoferowaną cenę jest zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z projektem budowlanym załączonym do SIWZ, a kosztorys ofertowy nie był wymagany - przedmiar robót przekazany wykonawcom w ramach SIWZ miał charakter jedynie pomocniczy i informacyjny.

Argumentacja wykonawcy wskazująca, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia usprawiedliwia niski poziom ceny oferty w ocenie izby nie zasługuje na uwzględnienie, w świetle złożonych wyjaśnień. Mając na względzie ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie sposób jednak przyjąć, że wykonawca nie dokonał kalkulacji kosztów wykonania przedmiotowego zamówienia. Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia wysokości ceny oferty wykonawca ma obowiązek przedstawić stosowne kalkulacje niezależnie od tego, czy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy czy też kosztorysowy. Brak przedstawienia takiej kalkulacji na wezwanie Zamawiającego pozwala na uznanie, że cena oferty nie została skalkulowana w sposób rzetelny, pozwalający na prawidłową realizację przedmiotu zamówienia. Treść wezwania Zamawiającego nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości. Zauważyć również należy, że ceny kolejnych ofert wyższe o ok. 23 i 31% od oferty Przystępującego nie mogą być uznane za ceny na „bardzo podobnym poziomie”, co miałyby usprawiedliwiać realność oferty tego wykonawcy. Izba nie podzieliła również stanowiska Zamawiającego, że wyjaśnienia złożone przez pozostałych wykonawców mają podobny charakter, co miałyby wskazywać na prawidłową ocenę tych wyjaśnień przez Zamawiającego. Zdaniem Izby, tak ogólne i niemerytoryczne wyjaśnienia, nie poparte żadnymi dowodami lub wyliczeniami, nie stanowią podstawy do oceny, że cena oferty Przystępującego nie jest rażąco niska. Należało zatem uznać, że złożone wyjaśnienia potwierdzają, że zaoferowana cena jest rażąco niska w odniesieniu do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze podniesione w niniejszym odwołaniu okoliczności Izba uznała, że Zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 5 Pzp, poprzez dokonanie

wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych jako najkorzystniejszej w postępowaniu pomimo, że wykonawca podlegał wykluczeniu, a jego

16

oferta podlegała odrzuceniu. W konsekwencji należało stwierdzić także naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp - poprzez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie obowiązku udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

.....

17