

WYROK
z dnia 9 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2016 r. przez wykonawcę **ERBUD S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lublin, Plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin** przy udziale wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu, tj. Gminie Lublin unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym wezwanie wykonawcy Budimex S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącej urzędującego członka organu zarządzającego, tj. C.M., a w pozostałym zakresie uznać zarzuty i żądania odwołania za niezasadne,**
2. kosztami postępowania obciążyć **Gminę Lublin, Plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ERBUD S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Lublin, Plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin** na rzecz wykonawcy **ERBUD S.A., ul. Franciszka Klimczaka 1, 02-797 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Lublin (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zmianę zagospodarowania Placu Litewskiego w Lublinie wraz z przebudową jego nawierzchni oraz budową multimedialnego zespołu fontann z zapleczem technicznym, rozbiórką budynku szaletu oraz budową nowego, podziemnego szaletu, przeniesieniem stacji meteorologicznej, przebudową układu komunikacyjnego oraz sygnalizacji świetlnej, urządzeniem terenów zieleni, małą architekturą oraz budową i przebudową sieci: wodociągowej z przyłączami, kanalizacji sanitarnej z przyłączami, kanalizacji deszczowej z przyłączami, przyłącza gazu z instalacją zalicznikową, kanalizacji teletechnicznej, stacji transformatorowej, energetycznych linii kablowych SN i nn i oświetlenia terenu oraz przebudową energetycznych linii kablowych nn i oświetlenia terenu - w ramach projektu pod nazwą „Rewitalizacja części Śródmieścia Miasta Lublin” planowanego do dofinansowania w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego 2014-2020. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało

opublikowane w dniu 10 października 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2015/S 197-356006.

W dniu 29 lutego 2016 r. wykonawca Erbud S.A. (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do wykonawcy Budimex S.A. o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty Budimex S.A. mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy cena zaoferowana przez Budimex S.A. za realizację zamówienia jest o 30% niższa od wartości zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A., pomimo iż zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Budimex S.A. do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dla urzędującego członka zarządu, mimo iż dokumenty załączone do oferty nie potwierdzały braku podstaw do wykluczenia wykonawcy na dzień składania ofert;
3. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

3

poprzez zaniechanie wezwania Budimex S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadania wiedzy i doświadczenia, mimo iż załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają skutecznie spełniania przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert;

4. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex S.A. z postępowania, pomimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, dotyczące wykazywanej wiedzy i doświadczenia na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a także inne przepisy wskazane lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

I. Zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny

Odwołujący wskazał, że jak wynika z przekazanego przez zamawiającego protokołu postępowania, wartość zamówienia (bez wartości przewidywanych przez niego zamówień uzupełniających) została przez niego ustalona na kwotę 62 140 021,89 PLN. Wartość szacunkowa zamówienia bez zamówień uzupełniających po dodaniu do niej 23% stawki podatku VAT wynosi 76 432 226,92 PLN. Z kolei cena zaoferowana przez Budimex S.A. kształtuje się na poziomie 39 710 500,00 PLN netto, czyli 48 843 915,00 PLN brutto.

W ocenie odwołującego, z uwagi na fakt, że cena zaoferowana przez Budimex S.A. jest niższa od wartości zamówienia o 36 % nie może budzić wątpliwości, że zamawiający zobowiązany był do wezwania Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący stwierdził na podstawie udostępnionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, że zamawiający zaniechał powyższej czynności, czym dopuścił się naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego, cena zaoferowana przez Budimex S.A. nie pozwala na pokrycie wszystkich kosztów wymaganych dla prawidłowego i zgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) wykonania zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że dokonując wyceny przedmiotu zamówienia wykonawcy powinni szacować koszty zgodnie z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi realizacji przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonywania. Odwołujący zakładając, że Budimex S.A.

4

pozyskała analogiczną wycenę od Watersystem na technologię fontanny uznał, że technologia ta stanowiła 79,5% kosztorysu Inwestorskiego. Czyniąc analogiczne założenie dla całości kosztorysów Inwestorskich Zespołu fontannowego na 19,39 mln netto dla pozostałych robót na fontannie, tj. 4 140 435,90 PLN. Na pozostałe roboty, ryzyko i zysk pozostało Budimex S.A. jedynie 24 281 814,10 PLN netto, co przy kalkulacji zamawiającego

na poziomie 42 746 200,02 PLN netto oznacza, że Budimex S.A. musiałaby zrealizować te roboty za połowę ceny, czyli dokładnie za 57% ceny z kosztorysu zamawiającego.

II. Zaniechanie wykluczenia - brak KRK dla urzędującego Członka Zarządu

Odwołujący podniósł, że wykonawca, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp, zobowiązany był do przedstawienia aktualnych informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla każdego z urzędujących członków organu zarządzającego. Jak zauważył odwołujący, w ofercie Budimex S.A. przedstawiono zaświadczenie z KRK dotyczące pana D.B. (str. 56 oferty), pana F.L.P.L. (str. 57 oferty), pana M.W. (str. 58 oferty), pana J.D. (str. 59 oferty) oraz Pana H.U. (str. 60 oferty), podczas gdy, na dzień składania ofert zarząd spółki był sześciuosobowy. Do oferty Budimex S.A. załączyła odpis aktualny z rejestru przedsiębiorców według stanu na dzień 14 października 2015 r. (str. 64-70 oferty).

Odwołujący wskazał, że zgodnie z informacjami publikowanymi na stronie internetowej Budimex S.A.: „Zarząd Budimeksu SA informuje, że w dniu 16 grudnia 2015 r. Rada Nadzorcza Budimeksu SA na wniosek prezesa Zarządu, dyrektora generalnego Budimeksu SA powołała z dniem 16 grudnia 2015 r. na okres VIII wspólnej kadencji na stanowisko członka Zarządu spółki, dyrektora Pionu Zarządzania Kadrami pana C.M.. Kadencja upływa z dniem odbycia Zwyczajnego Walnego Zgromadzenia Budimeksu SA, na którym zostaną zatwierdzone sprawozdania finansowe za rok 2016.”
<http://www.budimex.pl/pl/relacie-inwestorskie/raportv/2034.html>).

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wynika z informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dla Budimex S.A. z dnia 29 lutego 2016 r., ostatnia data dokonania wpisu w rejestrze przedsiębiorców to 26 stycznia 2016 r. Z informacji tej wynika również, że zarząd Budimex S.A. jest sześciuosobowy, a w jego skład, poza osobami, dla których w ofercie przedstawiono zaświadczenia o niekaralności, wchodzi również pan C.M. - Członek Zarządu. Wobec powyższego, w opinii odwołującego, składając ofertę w dniu 1 lutego 2016 r. Budimex S.A. zobowiązana była załączyć do niej właściwy dokument potwierdzający brak prawomocnego skazania również dla pana C.M. - urzędującego członka zarządu. Odwołujący podkreślił, że nie ma przy tym znaczenia, iż w ofercie Budimex S.A. zamieszczono odpis KRS z daty 10 października 2015 r., w którym

5

figuruje pięciu członków zarządu - art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp odnosi się bowiem do stanu faktycznego obowiązującego w dacie składania ofert, a nie do stanu wynikającego z odpisu KRS załączonego do oferty.

Jak zauważył odwołujący, brak w ofercie zaświadczenia o niekaralności dla pana C.M. powoduje obowiązek wystosowania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przy czym uzupełniany dokument musi potwierdzać brak karalności tej osoby w dacie nie późniejszej niż 1 lutego 2016 r. i nie wcześniejszej niż 1 sierpnia 2015 r.

III. Zaniechanie wykluczenia - niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz złożenie nieprawdziwych informacji

Odwołujący zauważył, że w złożonym wraz z ofertą Budimex S.A. wykazie robót budowlanych (str. 8-9 oferty) na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu wskazano robotę, której przedmiotem było „Zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza - skwer im. i Dywizji Pancерnej w Warszawie”, wykonanej w dniu 30 kwietnia 2011 r., której wartość wynosiła 9 349 624,73 PLN.

Odwołujący wskazał, iż jak wynika z wyjaśnień udzielonych przez Budimex S.A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, wartość wykonania multimedialnego obiektu fontannowego wskazanego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu bez prac projektowych wynosi 8 979 624,73 PLN. Odwołujący stwierdził, że z informacji posiadanych przez odwołującego oraz § 2 umowy z Zarządem terenów Publicznych wynika, że podana przez Budimex S.A. wartość, oprócz budowy multimedialnego obiektu fontannowego, obejmowała również wykonanie innych elementów robót towarzyszących budowie fontanny, takich jak stacji trafo czy rozebrania starej fontanny, a sama technologia fontann - jej projekt (pkt 4 e umowy) i wykonanie - stanowi tylko jej część. Odwołujący zaznaczył, że wartość wykonania multimedialnego obiektu fontannowego była niższa niż wymagane przez zamawiającego 8 000 000,00 PLN netto. Ponadto, jak zauważył

odwołujący, z podanego przez Budimex S.A. opisu roboty nie wynika czy objęty nią multimedialny obiekt fontannowy stanowił obiekt fontannowy zawierający funkcje: woda, światło, dźwięk, lasery i projektor beamerowy.

Wątpliwości odwołującego wzbudziła również przedstawiona przez Budimex S.A. referencja dotycząca omawianej pozycji wykazu. W referencji tej wskazano bowiem, że termin wykonania zamówienia publicznego to od 25 lutego 2010 r. do dnia 20 kwietnia 2011 r., podczas gdy z przekazanej przez Budimex S.A. kopii umowy w sprawie zamówienia publicznego dotyczącej omawianej inwestycji wynika, że zamówienie będzie realizowane

6

w terminie 41 tygodni od dnia podpisania umowy, tj. do 10 grudnia 2010 r. (§ 3 ust. 1 umowy). Na podstawie powyższych danych odwołujący powziął wątpliwość co do rzeczywistego terminu zakończenia realizacji tego zamówienia, co ma istotne znaczenie z punktu oceny możliwości posłużenia się wiedzą i doświadczeniem zdobytym w ramach jego realizacji w celu wykazania spełniania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący podkreślił, że jeżeli zamówienie zostało wykonane w terminie określonym w umowie, tj. do 10 grudnia 2010 r. to oznacza to, iż zostało ono wykonane w okresie wcześniejszym niż okres ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a tym samym Budimex S.A. nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Ponadto, jak wskazał odwołujący, z dotyczącej tej inwestycji referencji zamieszczonej na stronie 17 oferty Budimex S.A. wynika, że „Zadanie objęte udzielonym Zamówieniem Publicznym zostało wykonane należycie, zgodnie z umową zawartą z Zamawiającym, z należytą starannością, a w szczególności zgodnie z harmonogramem, wymaganiami Zamawiającego i zachowaniem wszelkich obowiązujących przepisów oraz norm.”. Odwołujący stwierdził, że przedstawiona przez Budimex S.A. referencja dotycząca inwestycji pn. „Zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza - skwer im./Dywizji Pancерnej w Warszawie” potwierdza należyte wykonanie bliżej niesprecyzowanego zadania objętego udzielonym Zamówieniem Publicznym, nie zaś samego Zamówienia Publicznego.

Tym samym, jak stwierdził odwołujący, Budimex S.A. złożyła nieprawdziwe informacje w zakresie wartości i terminu wykonania inwestycji pn. „Zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza - skwer im. I Dywizji Pancерnej w Warszawie”.

Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, że Budimex S.A. nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem, tj. nie wykazała się wykonaniem 1 roboty w zakresie budowy lub przebudowy multimedialnego obiektu fontannowego o wartości minimum 8 000 000,00 PLN netto.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. dokonania powtórnej czynności badania i oceny;
3. wezwania wykonawcy Budimex S.A. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w przypadku zaniechania odpowiedzi na wezwanie albo uzupełnienia

7

dokumentów w sposób niepotwierdzający braku podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert albo spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem na dzień składania ofert - wykluczenia Budimex S.A. z postępowania i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty;

4. wezwania wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym przedstawienia odpowiednich dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, a w przypadku zaniechania odpowiedzi na wezwanie albo jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta Budimex S.A. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia - odrzucenia oferty Budimex S.A.;
5. wykluczenia Budimex S.A. z udziału w postępowaniu z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji;

6. dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex S.A.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzut dotyczący zaniechania wezwania Budimex S.A. do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dla pana C.M.. Pozostałe zarzuty zamawiający uznał za niezasługujące na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść oferty złożonej przez Budimex S.A., treść wyjaśnień Budimex S.A. z dnia 12 lutego 2016 r. wraz z postanowieniami Umowy nr 7/10 z dnia 25 lutego 2010 r., informację o wynikach oceny ofert z dnia 19 lutego 2016 r., oraz dokumenty wskazane w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

8

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że podlega ono w części uwzględnieniu.

Nie potwierdziły się zarzuty dotyczące zaniechania wezwania Budimex S.A. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jak też zaniechania odrzucenia oferty Budimex S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma zastosowanie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu w wyniku nowelizacji ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232). Zgodnie z tym przepisem, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis zakłada możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do zaoferowanej przez wykonawcę w postępowaniu ceny ofertowej, czy daje ona szanse na prawidłowe wykonanie zamówienia. Ustawodawca dał w tym zakresie jednoznaczne wytyczne, kiedy z całą pewnością zamawiający musi wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności - oferta jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Izba ustaliła, iż szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 56 498 035,79 PLN netto (bez zamówień uzupełniających), a zatem po doliczeniu 23% VAT wynosi 69 481 584,02 PLN brutto. Zgodnie z oświadczeniem zamawiającego złożonym w pkt 2 Protokołu postępowania, przedmiotowe zamówienie udzielane jest w częściach. Część zamówienia objęta przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, do której w celu stwierdzenia czy zachodzą wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny należy porównać cenę zaoferowaną przez Budimex S.A., została oszacowana na kwotę

49 498 035,79 PLN netto, co po dodaniu 23% VAT wynosi 60 882 584,02 PLN brutto. Izba ustaliła również, że średnia arytmetyczna wszystkich cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynosi 57 786 176,39 PLN (ustalono na podstawie pkt 12 Protokołu postępowania). Wobec powyższego, Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku odwołującego, nie zaistniały przesłanki do obowiązkowego wezwania przez zamawiającego wykonawcy Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wskazane w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - cena zaoferowana przez Budimex S.A. nie jest niższa o 30% od szacunkowej wartości zamówienia (bez zamówień uzupełniających) powiększonej o kwotę podatku VAT, jak też nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich cen zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu.

Izba przychyliła się do stanowiska odwołującego, iż brak zaistnienia ww. przesłanek obowiązkowego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień nie wyklucza możliwości wystąpienia przez zamawiającego do wykonawcy o wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji, gdy różnica pomiędzy zaoferowaną ceną a szacunkową wartością zamówienia lub średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu jest mniejsza niż 30%, jeżeli zamawiający poweźmie wątpliwości co do możliwości prawidłowej realizacji zamówienia. Izba stwierdziła jednak, że w przedmiotowej sprawie odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, iż zamawiający takowe wątpliwości powinien był powziąć. Złożone przez odwołującego oferty podwykonawców stanowią jedynie dowód tego, jakie ceny zostały przez tych podwykonawców zaoferowane odwołującemu, co w żaden sposób nie dowodzi, że taki sam poziom cen uzyskała Budimex S.A. Dodatkowo, złożone przez odwołującego pismo Watersystem Sp. z o.o. z dnia 27 stycznia 2016 r. wraz z załącznikami, jak wynika z jego treści, stanowi jedynie informację handlową, nie stanowi oferty w rozumieniu przepisów Kodeksu Cywilnego. Mając na uwadze wartość części, dla której prowadzone jest przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jak też okoliczność, iż ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców w tym postępowaniu nie odbiegają od siebie w znaczący sposób (kolejna pod względem ceny oferta Strabag Sp. z o.o. wynosi 52 717 937,80 PLN brutto) Izba uznała, że brak jest podstaw do powzięcia wątpliwości co do realności zaoferowanej przez Budimex S.A. ceny. Zasadności powzięcia takich wątpliwości nie wykazał odwołujący. Należy przy tym zaznaczyć, że w sytuacji, gdy zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym może być jedynie to, czy istnieją wątpliwości co do rzetelności oceny oferty, a ciężar dowodu co do okoliczności

wskazujących, że zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga.

Wobec nie potwierdzenia się zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wezwania Budimex S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Budimex S.A. jako zawierającej rażąco niską cenę. W orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż ewentualne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp musi być poprzedzone wezwaniem wystosowanym na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Za zasadny Izba uznała zarzut zaniechania wezwania Budimex S.A. do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dla urzędującego członka organu zarządzającego, tj. pana C.M.. Okoliczność, iż Budimex S.A. nie złożyła wraz z ofertą zaświadczenia o niekaralności dla pana C.M. jest w przedmiotowej sprawie bezsporna. Izba stwierdziła, że ten zostać przez S.A. na wezwanie dokument powinien uzupełniony Budimex zamawiającego. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jednoznacznie nakazuje zamawiającemu wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w przypadku ich braku. Okoliczność, iż Budimex S.A. przekazała zamawiającemu sporny dokument wraz z treścią przystąpienia do postępowania odwoławczego nie może zastąpić obowiązku zamawiającego wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokument ten został bowiem złożony

poza postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego. Zamawiający do czasu wydania przedmiotowego orzeczenia nie poddał tego dokumentu badaniu, nie powtórzył czynności badania i oceny ofert, a zatem nie można też mówić o braku wpływu uchybienia na wynik postępowania. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż niezbędne jest wezwanie przez zamawiającego Budimex S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zaświadczenia o niekaralności dla urzędującego członka organu zarządzającego, tj. pana C.M.

Za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania Budimex S.A. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia. Zarzut podniesiony przez odwołującego dotyczy warunku sformułowanego w pkt III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.3.2.1.3. SIWZ. Zgodnie z treścią ww. postanowień, wykonawca ubiegający się o przedmiotowe zamówienie zobowiązany był wykazać, iż w okresie pięciu lat przed upływem terminu składania ofert wykonał minimum 1 robotę w zakresie budowy lub przebudowy multimedialnego obiektu fontannowego o wartości minimum 8 000 000 PLN netto, przy czym zamawiający zastrzegł, że przez multimedialny obiekt fontannowy będzie

11

rozumiał obiekt fontannowy zawierający funkcje: woda, światło, dźwięk, lasery i projektor beamerowy.

Izba ustaliła, że Budimex S.A. w złożonej ofercie na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wskazał zamówienie na „Zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza – skwer im. I Dywizji Pancernej w Warszawie” jako datę wykonania podając dzień 30 kwietnia 2011 r., zaś jako wartość zamówienia netto kwotę 9 349 624,73 PLN (strona 9 oferty). Do wykazu robót Budimex S.A. dołączyła List referencyjny z dnia 21 czerwca 2011 r. wydany przez Zarząd Terenów Publicznych w Warszawie, w którym stwierdzono, że „firma Watersystem Sp. z o.o. (...) była wykonawcą zadania w ramach udzielonego Zamówienia Publicznego nr 46353-2010 pn.: „Zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza – Skwerze im. I Dywizji Pancernej w Warszawie – (przebudowa fontanny)”. Wartość przedmiotowego Zamówienia Publicznego opiewała na kwotę 9 394 624,73 zł netto (kwotę 11 461 442,17 zł brutto). Termin wykonania przedmiotowego Zamówienia Publicznego: od dnia 25.02.2010 r. do dnia 30.03.2011 r. Zadanie objęte udzielonym Zamówieniem Publicznym zostało wykonane należyście, zgodnie z umową zawartą z Zamawiającym, z należytą starannością, a w szczególności zgodnie z harmonogramem, wymaganiami Zamawiającego i zachowaniem wszelkich obowiązujących przepisów oraz norm. Podczas realizacji wskazanego powyżej Zamówienia Publicznego Watersystem wykazała się profesjonalizmem, wysokim poziomem technicznego wykonania powierzonych jej zadań i dobrej organizacji prowadzonych prac.” (strona 17 oferty).

Pismem z dnia 10 lutego 2016 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócił się do Budimex S.A. o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści wykazu robót prosząc o wskazanie, jaka była wyłącznie wartość netto wykonania multimedialnego obiektu fontannowego bez prac projektowych, wykonanego w ramach zamówienia na „Zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza – skwer im. I Dywizji Pancernej w Warszawie”. W odpowiedzi na ww. wezwanie, Budimex S.A. w piśmie z dnia 12 lutego 2016 r. oświadczyła, iż wartość netto wykonania multimedialnego obiektu fontannowego bez prac projektowych wynosi 8 979 624,73 PLN. Na potwierdzenie powyższego Budimex S.A. załączyła do ww. pisma Umowę nr 7/10 zawartą w dniu 25 lutego 2010 r. pomiędzy Miastem Stołecznym Warszawa i Miejskim Przedsiębiorstwem Wodociągów i Kanalizacji m.st. Warszawa S.A. a Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Watersystem Sp. z o.o. i OASE GmbH.

Odnosząc się do zarzutu, że podana przez Budimex S.A. wartość zamówienia obejmowała elementy robót towarzyszących budowie fontanny, takich jak stacji trafo czy rozebrania starej fontanny Izba uznała, że dokonując oceny zamówienia wykazywanego

12

w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia postawionego przez zamawiającego należy wziąć pod uwagę całość robót

niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, objętych tą samą umową. Tak szczegółowy podział zamówienia, jak czyni to odwołujący, nie jest uzasadniony – w celu stwierdzenia czy dany przedmiot zamówienia, w tym przypadku multimedialny park fontann, został wykonany należy, wykonawca zobowiązany był wykonać ogół prac składających się na ten przedmiot zamówienia i prace te należy uwzględnić przy ocenie spełniania warunku.

Izba stwierdziła również, w zakresie zarzutu, że z podanego przez Budimex S.A. opisu roboty nie wynika czy objęty nią multimedialny obiekt fontannowy stanowił obiekt zawierający funkcje: woda, światło, dźwięk, lasery i projektor beamerowy, iż istotnie, z treści złożonej przez Budimex S.A. oferty okoliczności te nie wynikają. Izba uznała jednak, że wystąpienie o wyjaśnienia lub uzupełnienie dokumentów w tym zakresie byłoby nieuzasadnione, bowiem, jak oświadczył zamawiający, posiada on wiedzę o zamówieniu wykazywanym przez Budimex S.A. powziętą na skutek współpracy z Zarządem Terenów Publicznych w Warszawie, nawiązanej już na etapie przygotowywania się do przedmiotowego postępowania. Dodatkowo, kwestionowany przez odwołującego zakres zamówienia wynika z § 2 złożonej przez Budimex S.A. wraz z pismem z dnia 12 lutego 2016 r. Umowy nr 7/10 z dnia 25 lutego 2010 r.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący rozbieżności w datach zakończenia realizacji zamówienia wynikających z treści referencji z dnia 21 czerwca 2011 r. wydanych przez Zarząd Terenów Publicznych w Warszawie oraz z treści Umowy nr 7/10 z dnia 25 lutego 2010 r. złożonych przez Budimex S.A. Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do podważania prawdziwości informacji podanych w ww. referencji. Izba zważyła także, że w § 3 ust. 2 ww. umowy zamawiający dopuścił możliwość zmiany umowy w części dotyczącej terminu wykonania zamówienia, z czego należy wnioskować, iż taka zmiana mogła nastąpić. Powyższe wskazuje, iż referencja zawiera rzeczywisty termin zakończenia realizacji zamówienia. Potwierdzeniem powyższego są złożone przez Budimex S.A. w toku postępowania odwoławczego Protokół końcowego odbioru robót oraz Aneks nr 2 do Umowy nr 7/10, który w § 1 stanowi o zmianie terminu wykonania zamówienia na dzień 30 kwietnia 2011 r. z uwagi na niemożność napełnienia zespołu fontann wodą w celu ostatecznego uruchomienia wraz pokazem multimedialnym z uwagi na zagęszczenie wody z powodu ujemnych temperatur. Wbrew twierdzeniom odwołującego, postanowienia Aneksu nr 2 nie prowadzą do wniosku, iż do zakończenia robót budowlanych doszło w dniu 3 stycznia 2011 r. Treść ww. aneksu jednoznacznie wskazuje, że ustalenie czy roboty zostały wykonane prawidłowo, a zatem ich odbiór, nie był możliwy bez uruchomienia fontann

13

i przeprowadzenia pokazu multimedialnego. Dodatkowo, okoliczność, iż jak wynika z Protokołu końcowego odbioru robót, komisja powołana w sprawie końcowego odbioru robót zebrała się w dniu 29 kwietnia 2011 r. pozostaje bez wpływu na ocenę spełniania przedmiotowego warunku przez Budimex S.A. – zarówno dzień 29 kwietnia 2011 r., jak i dzień 30 kwietnia 2011 r. mieszczą się we wskazanym w treści warunku okresie pięciu lat przed terminem składania ofert.

Izba nie znalazła również podstaw do kwestionowania treści referencji złożonej przez Budimex S.A. wystawionej przez Zarząd Terenów Publicznych w Warszawie. Treść referencji wskazuje na wykonanie zamówienia na zaprojektowanie i wykonanie Multimedialnego Parku Fontann zlokalizowanego na terenie Podzamcza-Skwerze im. I Dywizji Pancerniej w Warszawie – przebudowy fontanny. Treść referencji czytana wraz z treścią wykazu robót budowlanych nie budzi wątpliwości co do tego, co stanowiło przedmiot wykonanego przez Budimex S.A. zamówienia. Co więcej, w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż brak jest podstaw do wymagania od wykonawców składających referencje, aby przedstawiały one określoną treść. Z reguły bowiem wykonawcy realizujący zamówienie nie mają bezpośredniego wpływu na treść dokumentu wystawianego przez zlecającego prace. Dodatkowo, jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), referencje są rodzajem dokumentów, które mają potwierdzać należyte wykonanie robót, wykazanie spełniania warunku należy zaś do wykonawcy, który zobowiązany jest złożyć stosowne oświadczenie.

Wobec powyższego, nie potwierdził się również zarzut złożenia przez Budimex S.A. nieprawdziwych informacji w zakresie wartości i terminu wykonania wykazywanego

zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę należało stwierdzić, że zamawiający zaniechał wezwania Budimex S.A. do uzupełnienia dokumentu w postaci zaświadczenia o niekaralności urzędującego członka zarządu, tj. C.M., czym naruszył art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 8 i 11 ustawy Pzp, oraz na skutek powyższego, zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił ofertę złożoną przez Budimex S.A. i nie dopuścił się naruszeń ustawy Pzp w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

14

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba za zasadne uznała koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600 PLN, zgodnie ze złożonym rachunkiem.

Przewodniczący:

15