Sygn. akt KIO/UZP 1362/09

WYROK
z dnia 9 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „EKOMEL" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „SAN-BUD" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych „KANWOD", ul. Przemysłowa 15, 66-100 Sulechów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Konstruktorów 2, 97-100 Nowa Sól** protestu z dnia 18 sierpnia 2009r.

przy udziale **Budownictwo Drogowo-Sanitarne „FUCHS" Sp. z o.o., ul. W. Polskiego 100A, 67-100 Nowa Sól,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie powtórnej oceny ofert w części 5 postępowania wraz z wezwaniem wykonawcy Instal-Głogów Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Konstruktorów 2, 97-100 Nowa Sól**

---

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462** zł **00** gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „EKOMEL" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „SAN-BUD" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych „KANWOD", ul. Przemysłowa 15, 66-100 Sulechów,**

2) dokonać wpłaty kwoty **8 062** zł **00** gr (słownie: osiem tysięcy sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Konstruktorów 2, 97-100 Nowa Sól** na rzecz **Konsorcjum: Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „EKOMEL" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „SAN-BUD" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych „KANWOD", ul. Przemysłowa 15, 66-100 Sulechów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego,

3) dokonać zwrotu kwoty **15 538** zł **00** gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne „EKOMEL" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych „SAN-BUD" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych „KANWOD", ul. Przemysłowa 15, 66-100 Sulechów.**

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejski Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Nowej Soli, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sieci wodno-kanalizacyjnych w Nowej Soli, Gminie Nowa Sól i Gminie Otyń. Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust 8 Pzp.

2

W dniu 11.08.2009 r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszych ofert w postępowaniu, w częściach 5 i 6 zamówienia były to odpowiednio: oferta Instal-Głogów Sp. z o.o. oraz oferta Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS sp. z o.o.

PROTEST
W dniu 18.08.2009 r. Konsorcjum w składzie: Nadodrzańskie Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "EKOMEL" Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Budowlanych "SAN-BUD" Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Sanitarnych "KANWOD" sp. j., (zwane dalej „EKOMEL” lub „Konsorcjum EKOMEL”), wniosło protest wobec ww. czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy poprzez dokonanie wyboru ofert podlegających odrzuceniu względnie złożonych przez wykonawców podlegających wykluczeniu.
W związku z powyższym protestujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach 5 i 6 zamówienia,
2. powtórzenie czynności badania ofert,
3. odrzucenie ofert złożonych przez Instal-Głogów Sp. z o.o. i Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. względnie wykluczenie tych wykonawców z postępowania,
4. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez protestującego.

W uzasadnieniu swoich zarzutów i żądań protestujący podniósł m.in.:

I. Oferta Instal-Głogów Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Ww. spółka zaoferowała wykonanie części 5 zamówienia za cenę brutto: 4 838 517,36 zł co stanowi ok. 50 % ceny jaką przeznaczył zamawiający na zrealizowanie tego zadania. Pozostali oferenci wycenili to zadanie w przedziale od 8 do 11 mln złotych.

Protestujący zaznaczył, iż dokonując analizy cen zawartych w kosztorysie ofertowym wybranego wykonawcy stwierdził, iż zaniżył on koszty większości robót, których zestawienie z cenami własnymi zamieścił w treści protestu. Szczególne różnice cenowe wynikały ze wskazanych pozycji dotyczących kosztu zajęcia pasa drogowego oraz cen znacznej ilości studzienek kanalizacyjnych z tworzywa sztucznego wskazują na znaczne zaniżenie ceny ofertowej ww. wykonawcy.

3

Ponadto EKOMEL podniósł, iż zgodnie z pkt 9. ppkt 2) a) Instrukcji dla Wykonawców (IDW) zamawiający żądał od wykonawcy składającego ofertę dla części 5-tej wykazania się wykonaniem jednego zadania w którym zrealizował budowę sieci kanalizacji sanitarnej o dł. min 2 km i śr. min. 200 mm i budowę sieci wodociągowej o długości min 2 km i o średnicy 160 mm. W przedstawionych przez Instal-Głogów referencjach i wykazach żadne zadanie nie zawiera budowy kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej, tak jak to wymagał Zamawiający.

II. Oferta złożona przez Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o zawiera rażąco niską cenę. Ww. wykonawca zaoferował wykonanie części 6 zamówienia za cenę brutto: 9 407 664,87 zł co stanowi ok. 40 % ceny jaka przeznaczył Zamawiający na zrealizowanie tego zadania. Pozostali oferenci wycenili to zadanie w przedziale od 12 do 18 mln. złotych. Analogicznie do argumentacji dotyczącej oferty Instal-Głogów

przykładowo wskazano szereg pozycji kosztorysowych w których wykonawca zaniżył swoje ceny (w zestawieniu z cenami zaoferowanymi przez protestującego).
Ponadto protestujący wskazał, iż w pkt 9. ppkt 2) a) Instrukcji dla Wykonawców (IDW) Zamawiający żądał od Wykonawców składających ofertę wykazania się wykonaniem robót i potwierdzeniem, że roboty zostały wykonane należycie. Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. przedstawiła referencje na wykonanie "Kanalizacji sanitarnej we wsi Tomisław" wystawione przez firmę Budownictwo Drogowo-Sanitarne "FUCHS" Józef Fuchs z siedzibą w Nowej Soli przy ul. Wojska Polskiego 100A. Do wystawienia dokumentu jest uprawniony podmiot, który bezpośrednio zlecił zadanie. Z biuletynu nr 214 z dnia 19.08.2006r wynika, że Zamawiającym na zdaniu: "Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Tomisław" był Wójt Gminy Osiecznica". Dlatego taki dokument jak referencja powinien być wystawiony przez zamawiającego, który zlecił to zadanie. Powyższy wniosek miał - według protestującego - wynikać m. in. z treści wyroku z dnia 26 marca 2009 (sygn. akt KIO /UZP 315/09), w którym Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż „Ustawodawca w § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług. Ze sformułowania użytego przywołanym przepisie "odbiorca" wywieść należy, że uprawnionym do wystawienia dokumentów jest podmiot, który bezpośrednio te usługi zlecił i odebrał, tylko on jest bowiem władny ocenić należyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy." W przedmiotowej sprawie zachodzi zaś sytuacja, w której dla wykonawcy referencje wystawia wspólnik wykonawcy. Jest to - co więcej - jedyna referencja tegoż wykonawcy. Zachodzą tu więc powiązania kapitałowe pomiędzy wykonawcą a osobą, wystawiającą referencje. Taki dokument może budzić uzasadnione wątpliwości co do zgodności z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w

sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt. 1 tegoż rozporządzenia, w celu potwierdzenia opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zamawiający może żądać (...) wykazu wykonanych robót budowlanych (...) z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie; Zamawiający otrzymujący tego rodzaju referencję (wystawioną przez wspólnika swojej spółce) winien powziąć wątpliwości, czy referencja istotnie potwierdza należyte wykonanie robót. W zamówieniu publicznym na wykonanie "Kanalizacji sanitarnej we wsi Tomisław" zamawiającym był wójt gminy Osiecznica. Referencję zaś wystawia Józef Fuchs, bez żadnego wytłumaczenia w ofercie, Józef Fuchs był wybranym w tym postępowaniu wykonawcą, zaś spółka z o.o. - podwykonawcą, czy też może między tymi osobami istniało zawiązane konsorcjum. Tego rodzaju referencja oderwana od dokumentów określających stosunek prawny między wystawcą referencji a Spółką z o.o. - wykonawcą, pozbawione jest jakiejkolwiek mocy dowodowej i absolutnie nie jest dokumentem, który potwierdza należyte wykonanie robót. Zastanawiającym jest, dlaczego tego rodzaju referencja nie została wystawiona przez bezpośredniego zleceniodawcę, tj. wójta gminy? Przyczyną może być przecież nienależyte wykonanie zamówienia przez głównego wykonawcę. Te okoliczności należało przynajmniej zbadać w niniejszym postępowaniu. Co istotne, gdyby referencję wystawił wójt gminy, tj. bezpośredni zleceniodawca zadania, dokument tego rodzaju byłby dokumentem urzędowym w rozumieniu 244 kodeksu postępowania cywilnego. Wówczas tego rodzaju dokument stanowi dowód tego, co zostało w nim urzędowo poświadczone. Taki dokument jest zarazem potwierdzeniem w rozumieniu powołanego wyżej przepisu rozporządzenia.
Dokument wystawiony przez Józefa Fuchsa jest wyłącznie dokumentem prywatnym, zgodnie z art. 245 kpc. Stanowi on jedynie dowód na to, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Tym samym dokument ten nie stanowi potwierdzenia w rozumieniu powołanego wyżej przepisu rozporządzenia. Zamawiający - chcąc mieć gwarancję, iż wykonawca rzeczywiście należycie wykonał roboty w zakresie "Kanalizacji sanitarnej we wsi Tomisław" - winien był zażądać referencji wystawionych przez bezpośredniego odbiorcę, tj Wójta Gminy Osiecznica, bądź innych dokumentów, na podstawie których możliwe byłoby uznanie, że Józef Fuchs mógł wystawić tego rodzaju

referencję i że jest ona zgodna z rzeczywistością. Brak tych dokumentów powoduje, że na dzień dzisiejszy wybrana spółka nie załączyła dokumentów potwierdzających należycie wykonanie robót.

5

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU
W dniu 31.08.2009 r. zamawiający ww. protest w całości oddalił.
W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wskazano, m.in., iż porównując ceny kilku pozycji kosztorysów ofertowych wybranych firm z własnymi cenami, protestujący w żaden sposób nie udowodnił, że złożone oferty zawierają ceny rażąco niskie.
Zamawiający podniósł, iż powszechnie znany jest fakt, iż w roku bieżącym nastąpił znaczny spadek cen na rynku robot budowlanych, dlatego też uważa, że zaproponowana w ofercie cena została skalkulowana na podstawie aktualnych cen rynkowych i nie stwierdza istnienia podstaw do uznania ceny za rażąco niską. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej brak jest przesłanek do uznania ceny za rażąco niską wyłącznie w oparciu o fakt, iż niektóre składniki kosztorysu są niższe od tych zawartych w ofercie protestującego.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący niewłaściwego udokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Instal-Głogów Sp. z o.o. zamawiający wskazał, że stosownie do zapisów pkt. 9 ppkt. 2) a) IDW dotyczących wymaganego doświadczenia, dopuszczalne było wykazanie się doświadczeniem oddzielnie, tj. wykonanie co najmniej jednego zamówienia na roboty budowlane, których przedmiotem była budowa sieci kanalizacyjno-sanitarnej o dł. min 2 km oraz jednego zamówienia na roboty budowlane, których przedmiotem była budowa sieci wodociągowej o długości min. 2 km o średnicy min. 160mm. Wykonawca załączył do oferty wymagane referencje potwierdzające wykonanie zamówienia, którego przedmiotem była budowa kanalizacji sanitarnej oraz budowa wodociągu w wymaganych długościach i średnicy. Z uwagi na powyższe złożone referencje są ważne i wskazują na spełnienie wymaganego warunku SIWZ.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący niewłaściwego udokumentowania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Budownictwo Drogowo-Senitarne FUCHS Sp. z o.o., zamawiający poinformował, iż Jozef Fuchs jako główny wykonawca miał prawo wystawić referencje firmie Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. jako swojemu podwykonawcy. Wynika to z dokumentów złożonych w ofercie tj. Załącznika nr 5 -Wykaz wykonanych robót, jak i z załączonej referencji. Są to odrębne osoby prawne, które mają prawo zawierać wzajemne umowy, a także wystawiać referencje. Zasadę tę potwierdza utrwalona linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej. Firma Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o., przyłączając się do protestu załączyła (do pisma o przyłączeniu) kopie zawartych umów, protokołów oraz faktur dotyczących realizacji przedmiotowego zadania, a zarazem potwierdzających należyte wykonanie.

6

ODWOŁANIE
W dniu 07.09.2009 r. Konsorcjum EKOMEL wniosło odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.
Odwołujący potrzymał zarzuty protestu oraz wniósł o nakazanie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach części 5 i 6 zamówienia.
W uzasadnieniu odwołania EKOMEL wskazał na znaczne różnice (zniżenie) w wycenie poszczególnych pozycji przez wybranych wykonawców w odniesieniu nie tylko do własnej oferty, ale również w zestawieniu z ofertami innych wykonawców, którzy złożyli oferty w danych częściach postępowania (zestawienie takich różnic w postaci tabelarycznej załączył do odwołania).
Jako szczególnie wskazujące na nieracjonalność i nierzetelność dokonanych wycen w odniesieniu do obu wybranych wykonawców w ślad za protestem podniesiono dwie okoliczności:

1) zaniżona wycena opłat za zajęcie pasa drogowego za zajęcie pasa drogowego na terenie gmin objętych wykonaniem przedmiotu zamówienia przy obowiązujących

(odpowiednie uchwały organów stanowiących jst. załączono do odwołania) tam stawkach opłat oraz zakładanym okresie wykonywania robót i powierzchni dróg nimi objętych.
Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części 5, realizacja kanalizacji sanitarnej i wodociągowej na zakładanym terenie wymaga zajęcia pasów dróg publicznych o łącznej powierzchni 24 500,00 m2 przez okres co najmniej 370 dni. Uwzględniając stawki opłat obowiązujące w poszczególnych gminach i powiecie (8 zł/dzień w mieście Nowa Sól, 8 zł. dzień w Gminie Nowa Sól, 8zł/dzień Powiat Nowa Sól), minimalna łączna wysokość opłat z tego tytułu wynosi ok. 200 000,00 zł i jest nieporównywalnie wyższa od opłat wskazanych w ofercie Instal-Głogów Sp. z o.o. , który wykazał łączną kwotę na zdaniu 5 za zajęcie pasa drogowego na wartość 65000,00 czyli aż 200% różnicy.
Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części 6, realizacja kanalizacji sanitarnej na terenie w/w gmin wymaga zajęcia pasów dróg publicznych o łącznej powierzchni 35 000,00 m2 przez okres co najmniej 500 dni. Uwzględniając stawki opłat obowiązujące w gminie Otyń 8zł/dzień minimalna łączna wysokość opłat z tego tytułu wynosi 280 000,00 zł i jest nieporównywalnie wyższa od opłat wskazanych w ofercie B D-S FUCHS Sp. z o.o., tj 31 500,00zł

---

2) Zaniżona wycena wykonania studni kanalizacyjnych w obu wybranych ofertach – szczegółowe zestawienie kosztów materiałów i nakładów pracy przy montażu studzienek typu wymaganego w siwz przedstawiono w odwołaniu (przy uwzględnieniu cen zawartych w SEKOCENBUD III kw. 2009).

Odwołujący podniósł, iż nie budzi wątpliwości, że zaproponowanie w ofercie rażąco niskiej ceny jest jednym z negatywnych zachowań cenotwórczych wykonawców w procedurze ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i dlatego stanowi podstawę odrzucenia takiej oferty (wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2008 r., KIO/UZP 273/08). Jest to podyktowane przede wszystkim uzasadnioną obawą ustawodawcy, że wykonawcy, aby wygrać postępowanie, będą proponować wykonanie zamówienia za nierealnie niskie ceny, po czym wykonają je nienależycie (wyrok KTO z dnia 5 marca 2009 r., KTO/UZP 196/09).
Ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia rażąco niskiej ceny. Kwestia ta była przedmiotem szeregu orzeczeń KIO, których analiza prowadzi do wniosku, że cena rażąco niska jest ceną nierealną, tj. ceną, za którą nie można zrealizować przedmiotowego zamówienia (wyrok KTO z dnia 28 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 123/08). W innym orzeczeniu skład orzekający KIO stwierdził, że "Cenę za rażąco niską można by uznać w wypadku, jeżeli jest ona wyraźnie niższa od pozostałych zaoferowanych cen lub od wartości szacunkowej zamówienia. Zgodnie z internetowym Słownikiem języka polskiego PWN rażący to: rzucający się w oczy, wyraźny, bardzo duży" (wyrok KIO z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 73/07, KIOIUZP 74108).
Generalnie dominuje pogląd, iż ocenę w tym zakresie dokonywać należy indywidualnie w każdym przypadku, aczkolwiek spotkać można również pogląd odwołujący się do doświadczeń państw Unii Europejskiej, zgodnie z którym obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty powstaje wówczas, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20 % od wartości szacunkowej zamówienia (wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2008 r., KIO/UZP 1443/08).
W jednym z ostatnich orzeczeń poświęconych tej kwestii skład orzekający KIO stwierdził, że rażąco niska cena to cena nierealna w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ściślej do wartości szacunkowej powiększonej o podatek VAT, ale również do średniej ceny pozostałych ofert i cen rynkowych (wyrok KIO z dnia 23 kwietnia 2009 r., KIO/UZP 447/09).
W tym kontekście odwołujący wskazał, iż ceny zawarte w wybranych ofertach są cenami nierealnymi we wszystkich trzech wskazanych kryteriach. Nie jest możliwa realizacja przedmiotowego zamówienia za połowę ceny oszacowania.
Odwołujący zaznaczył, że pomimo istnienia ewidentnych przesłanek wskazujących na rażąco niską cenę w ofercie w/w Wykonawcy, w przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający nie zastosował procedury przewidzianej wart. 90 Pzp i nie

zwrócił się o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Tymczasem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia lub cen w innych ofertach, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny (tak: Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.)
Pnadto, jak wskazała KIO w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., KIO/UZP 588/08, "Przeprowadzenie procedury sprawdzającej z art. 90 ust. 1 p.z.p. nie jest równoznaczne ze stwierdzeniem, że oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Przeprowadzenie procedury sprawdzającej ma natomiast na celu zagwarantowanie zasady jawności postępowania i równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. W ocenie Izby, skoro oferta wybrana jest o 30% niższa od ustalonej przez Zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia, a jednocześnie nieporównywalnie niższa od oferty innego wykonawcy (...), Zamawiający powinien przeprowadzić postępowanie sprawdzające w trybie art. 90 pzp. w zakresie przesłanki rażąco niskiej ceny". Sam fakt zaniechania przeprowadzenia omawianego postępowania wyjaśniającego przez Zamawiającego powinien stanowić podstawę do powtórzenia czynności oceny ofert.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację protestu dotyczące wykluczenia wykonawcy Instal-Głogów Sp. z o.o., natomiast do uzasadnienia żądania wykluczenia wykonawcy Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. dodał, iż pomiędzy firmą Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS sp. z o.o. oraz firmą Budownictwo Drogowe -Sanitarne "FUCHS" Józef Fuchs istnieje niewątpliwe powiązanie osobowe i kapitałowe (dowód: odpis KRS załączony do odwołania).
Przyłączając się do protestu po stronie Zamawiającego firma Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. przedłożyło umowę nr 48/2006 z dnia 24.11.2006 r. wraz z fakturami, które to dokumenty mają potwierdzać, że roboty objęte referencją firma ta realizowała jako podwykonawca firmy Budownictwo Drogowo-Sanitarne "FUCHS" Józef Fuchs.
Według odwołującego wiarygodność tych dokumentów budzi poważne wątpliwości. Jak wynika bowiem z treści pkt 8 oferty złożonej przez firmę Budownictwo Drogowe -Sanitarne "FUCHS" Józef Fuchs w przetargu prowadzonym przez Gminę Osiecznica, wykonawca zobowiązał się wykonać zamówienie samodzielnie. Również z treści referencji wystawionych firmie Budownictwo Drogowe -Sanitarne "FUCHS" Józef Fuchs przez Wójta Gminy

Osiecznica wynika, że powyższe zamówienie w/w firma wykonała w całości własnymi siłami. Ponadto w czasie realizacji tego zamówienia obowiązywał już art. 647(1) § 1 Kc, który przewidywał obowiązek ustalenia w umowie o roboty budowlane zakresu robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców, jak również obowiązek uzyskania zgody inwestora na zawarcie umowy z podwykonawcą. Takiej zgody zamawiającego ww. wykonawca nie uzyskał. Powyższe okoliczności stwarzają uzasadnione przypuszczenie, iż przedłożony przez firmę Budownictwo Drogowo-Sanitarne FUCHS Sp. z o.o. wykaz robót i referencja nie są dokumentami wiarygodnymi. Okoliczność ta powinna skutkować wykluczeniem tego Wykonawcy z postępowania, względnie wystąpieniem do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp.

Uwzględniając powyższe oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, a także oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę zawierającą cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku redakcją i dosłownym brzmieniem ww. przepisu skład orzekający Izby w pełni popiera i zgadza się ze stanowiskami wyrażanymi w znaczącej części orzecznictwa arbitrażowego i sądowego, które definiują i odnoszą pojęcie „rażąco niskiej ceny" do zamówienia, którego dotyczy. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.
Skład orzekający Izby w żadnym razie nie popiera wyrażanych w części orzecznictwa stanowisk, które potwierdzenia dla wystąpienia ceny rażąco niskiej, czy wręcz jej istoty,

poszukują poprzez odniesienie ceny oferty do wyznaczanej przeważnie konwencjonalnymi metodami szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia lub cen innych ofert składanych w danym postępowaniu (średniej arytmetycznej cen). Wystąpienie powyższych jest jedynie poszlaką, która może uzasadniać wystąpienie podejrzenia, iż zaproponowana cena jest rażąco niska i w konsekwencji konieczność podjęcia przez zamawiającego dalszych czynności wyjaśniających oraz sprawdzających w tym przedmiocie (art. 90 ustawy).

W odniesieniu do ceny zaproponowanej w części 6 zamówienia Izba stwierdza, iż przystępujący FUCHS Sp. z o.o. wykazał i wyjaśnił obiektywne okoliczności, które umożliwiają mu wykonanie zamówienia bez niedozwolonego w świetle powołanych przepisów zaniżenia ceny w stosunku do realnej wartości przedmiotu zamówienia (poniżej kosztów wykonania robót, wytworzenia i zakupu materiałów… etc.), tzn. uzasadnił dokonaną przez siebie wycenę kwestionowanych przez odwołującego pozycji, które w sposób najistotniejszy wpływają na wycenę całej oferty – koszty elementów kanalizacji oraz koszty opłat za zajęcie pasa drogowego.
I tak za wiarygodny i zasługujący na uwzględnienie Izba uznała dowód przedstawiony przez przystępującego – ofertę nr 1918/FS z Przedsiębiorstwa Obrotu Hurtowego WOD BUD Anatol Lachowicz, odnośnie cen studzienek kanalizacyjnych, które przystępujący może uzyskać. Ponadto uwzględniono wyjaśnienia przystępującego o błędnym wliczeniu w koszty wykonania studzienek, ceny ścianki wodoszczelnej, gdy w przedmiarze robót (i kosztorysie ofertowym) zostało przewidziane odwodnienie wykopu.
Uznano również za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego dotyczące wyceny kosztów zajęcia pasa drogowego na terenach objętych przedmiotem 6 części zamówienia. Odwołujący w sposób nieuprawniony, odnośnie którego żadnych szczegółowych wyliczeń i uzasadnień nie przedstawił, przyjął zawyżoną powierzchnię pasa drogowego objętego zajęciem oraz przede wszystkim czas jego zajęcia. Z opisu przedmiotu zamówienia oraz kosztorysu inwestorskiego w żaden sposób nie wynika możliwość przyjęcia do wyceny kosztów zajęcia dróg publicznych o pow. 35 000 m2 na co najmniej 500 dni. W świetle samej specyfiki wykonywania robót liniowych typu kanalizacja w pasie drogowym, zakładanie zajęcia pełnej powierzchni drogi przez cały czas wykonywania robót jest nieuprawnione. Tymczasem wskazywane przez odwołującego uchwały organów stanowiących właściwych jednostek samorządu terytorialnego jednoznacznie wiążą wysokość opłat z procentem zajętej nawierzchni oraz okresem na który zajęcie następuje.

W związku brakiem podstaw do przyjęcia, iż w najbardziej cenotwórczo istotnych pozycjach kosztorysu nastąpiło zaniżenie ceny w stosunku do realnych cen, za które możliwe jest wykonanie i opłacenie przewidzianych robót, brak jest również podstaw do przyjęcia, iż cena

ofertowa FUCHS Sp. z o.o. jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym Krajowa Izba Odwoławcza nie potwierdza zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w stosunku do oferty ww. wykonawcy.

Odnośnie zarzutów dotyczących wątpliwości, co do sposobu udokumentowania przez

przystępującego spełniania warunków udziału w postępowaniu Izba stwierdza, iż przedstawione referencje we właściwy sposób potwierdzają spełnianie przez Fuchs Sp. z o.o. warunku udziału w postępowaniu, i jako takie, w obecnym stanie dowodowym sprawy, nie wymagają żadnych wyjaśnień lub uzupełnień.
Jak wynika z dokumentacji postępowania protestacyjno-odwoławczego, w szczególności z dokumentów załączonych do przystąpienia do protestu przez FUCHS Sp. z o.o. (umowa nr 48/2006 z dnia 24.11.2006 r o realizację robót sanitarnych, protokoły odbioru i faktury związane z tą umową), ww. wykonawca był podwykonawcą wykonawcy głównego, Józefa Fuchsa na kontrakcie „Budowa kanalizacji sanitarnej dla miejscowości Tomisław", gdzie inwestorem była Gmina Osiecznica. Fakt właściwego wykonania ww. robót został potwierdzony nie tylko przez wykonawcę głównego, ale również przez inwestora w referencjach z dnia 21.03.2008 r., który potwierdzając należyte wykonanie całego zadania tranzytywnie potwierdził również należyte wykonanie jego poszczególnych części czy etapów, w tym prac podwykonywanych. Przekonanie inwestora, któremu dał wyraz w ww. referencjach, iż Józef Fuchs wykonał zadanie siłami własnymi nie przesądza o braku podwykonawstwa na tym kontrakcie. Przeciwnie, w szczególności biorąc pod uwagę brak zgłoszenia inwestorowi podwykonawstwa oraz bliskie powiązania kapitałowe, a nawet nomenklaturowe pomiędzy wykonawcą głównym a podwykonawcą, prawdopodobne jest, iż inwestor o powyższym po prostu nie wiedział.
Ponadto, jak słusznie zauważa zamawiający w odpowiedzi na odwołanie samo powierzenie wykonywania robót budowlanych podwykonawcy bez zgody inwestora wymaganej przepisami kodeksu cywilnego nie powoduje nieważności tego typu umowy. Również fakt powiązań właścicielskich pomiędzy podwykonawcą, a wykonawcą głównym nie przesądza o niemożliwości zawierania ważnych umów cywilnoprawnych o jakimkolwiek przedmiocie pomiędzy dwoma podmiotami posiadającymi odrębną osobowość prawną (umowa z dnia 24.11.2006 r została zawarta pomiędzy osobą fizyczną i osobą prawną).
Reasumując – Fuchs Sp. z o.o. wykazała się wymaganym potwierdzeniem należytego wykonania robót wystawionym przez podmiot, który te roboty zlecił i odebrał.
W związku z powyższym Izba nie potwierdza zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w opisanym wyżej zakresie.

W przedmiocie znaczenia i determinowanego znaczeniem zastosowania postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, iż w razie wątpliwości, co do ich rzeczywistej treści, podmiotem w pierwszej kolejności uprawnionym do dokonywania wykładni używanych przez siebie wyrażeń i zwrotów jest ich autor, czyli w tym przypadku zamawiający.
Dokonywana przez zamawiającego wykładnia autentyczna własnych postanowień siwz winna być dokonywana w odniesieniu i w ramach ich literalnego brzmienia, ale także z uwzględnieniem celu regulacji ustawowej normującej dane zagadnienie. W świetle dyrektywy wyrażonej w art. 22 ust. 2 ustawy, odnoszącej się do formułowania warunków udziału w postępowaniu, a tym samym przez analogię możliwej do zastosowania do ich interpretacji, dotyczące warunków postanowienia siwz nie powinny być interpretowane zawężająco, tj. w sposób, który prowadzi do ograniczenia konkurencji poprzez ograniczanie kręgu wykonawców mogących ubiegać się o zamówienie.
Z uwzględnieniem powyższych zasad należy również ustalić znaczenie powoływanych przez odwołującego, i przytaczanych w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia wymaganiach siwz, których niespełnienie odwołujący zarzuca wykonawcy wybranemu w części 5 zamówienia. Za dopuszczalną należy więc przyjąć postulowaną przez zamawiającego możliwość wykazanie się przez wykonawcę odrębnym wykonaniem sieci kanalizacyjnej i wodociągowej o zakładanych w siwz parametrach. Instal-Głogów Sp. z o.o. dokumenty potwierdzające doświadczenie tego typu załączyła do swojej oferty.
W związku z powyższym za niepotwierdzony należy uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do wykonawcy Instal-Głogów Sp. z o.o.

Wobec konkretnych zarzutów stawianych w proteście i odwołaniu odnośnie wycenienia oferty przez ww. wykonawcę oraz okoliczności, które uprawdopodobniają, iż jest to cena rażąco niska (porównanie ceny oferty z szacunkową wartością zamówienia oraz cenami innych ofert złożonych w postępowaniu – stosunek ok. 5/9) oraz braku jakichkolwiek ustaleń

zamawiającego zmierzających do ustalenia i analizy rzeczywistej korelacji ceny i wartości przedmiotu zamówienia, a także braku wyjaśnień i informacji w tym zakresie ze strony wykonawcy, który do postępowania odwoławczego nie przystąpił, zasadne jest nakazanie zamawiającemu wyjaśnienie przedmiotowego zagadnienia w ramach oceny i wyboru ofert w niniejszym postępowaniu. W ocenie Izby nie jest wystarczające do wykluczenia faktu wystąpienia ceny rażąco niskiej jedynie samo powołanie się na ogólną sytuację na rynku robót budowlanych powodującą stały spadek cen w tej branży, tak jak do dowiedzenia powyższego nie wystarcza samo powołanie się na różnice cenowe pomiędzy ofertami. Dla ustalenia powyższego konieczne jest przeprowadzenie porównania i analizy poszczególnych

13

---

elementów cenotwórczych przedmiotu zamówienia oraz dostępnych danemu wykonawcy okoliczności, które wpłynęły na dokonaną przez wykonawcę ich wycenę, czemu z założenia służyć ma realizacja dyspozycji art. 90 ustawy.
Wobec uzasadnionych podejrzeń i wątpliwości, co do rzeczywistego charakteru ceny oferowanej przez wykonawcę wybranego, zaniechanie realizacji dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp warunkuje i bezpośrednio prowadzi do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy.
W związku z powyższym, w celu wykluczenia mogącego mieć wpływ na wynik postępowania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty zawierającej cenę rażąco niską, konieczne jest nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru i ponownej oceny ofert w części 5 zamówienia, w szczególności połączonej z wezwaniem wykonawcy Instal-Głogów Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, dopiero z uwzględnieniem których zamawiający będzie mógł podjąć decyzję, co do zasadności zastosowania lub zaniechania zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, czyli oceny okoliczności skutkujących odrzuceniem oferty ze względu na zaoferowanie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniono koszty zastępstwa procesowego pełnomocnika odwołującego, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

14

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze.**

Przewodniczący:
……

Członkowie:
……
……

15