

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r. przez wykonawcę **ERBUD Spółka Akcyjna, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Stalowa Wola, 37-450 Stalowa Wola, ul. Wolności 7,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. P..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pn. P..... K..... WMPS Wylewki Maszynowe s.c., 33-100 Tarnów, ul. Westerplatte 14A lok. 30, 2. S..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pn. S..... Z..... WMPS Wylewki Maszynowe s.c., 33-100 Tarnów, ul. Westerplatte 14A lok. 30**
- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny oferty wybranej, jako najkorzystniejszej, w zakresie sposobu korzystania z wiedzy i doświadczenia innego podmiotu, udostępniającego zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia;

2) kosztami postępowania obciąża Gminę Stalowa Wola, 37-450 Stalowa Wola, ul. Wolności 7 i:

1

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **ERBUD Spółka Akcyjna, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** tytułem wpisu od odwołania,

2.2.) zasądza od Gminy Stalowa Wola, 37-450 Stalowa Wola, ul. Wolności 7 na rzecz wykonawcy **ERBUD Spółka Akcyjna, 02-819 Warszawa, ul. Puławska 300A** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Stalowa Wola prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Budowa budynku administracyjno-dydaktyczno-socjalnego dla potrzeb Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego w Stalowej Woli (segment C) - kontynuacja”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie

art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27/12/2012 r., nr 2012/S 248-410253.

Odwolujący: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp:

- a) od czynności wyboru oferty WMPS Wylewki Maszynowe P..... K....., S..... Z..... s.c., jako najkorzystniejszej,
- b) od zaniechania czynności poprawienia w ofercie WMPS oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- c) od zaniechania czynności zwrócenia się do wykonawcy WMPS o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- d) od zaniechania czynności wezwania WMPS do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, względnie - zaniechania wezwania wykonawcy WMPS do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp,
- e) od zaniechania wykluczenia wykonawcy WMPS z postępowania.

I. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

- a) art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 przez dokonanie wadliwej czynności badania i oceny ofert oraz wadliwej czynności wyboru oferty WMPS, jako

3

-
- najkorzystniejszej,
 - b) art. 87 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie poprawienia w ofercie WMPS oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
 - c) art. 90 ust. 1 przez brak zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy WMPS o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
 - d) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy WMPS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, względnie - naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy WMPS do złożenia wyjaśnień,
 - e) art. 24 ust. 2 pkt 2 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WMPS z postępowania w związku z wadliwym wniesieniem wadium.

II. W związku z postawionymi zarzutami, odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty WMPS, jako najkorzystniejszej oraz nakazanie zamawiającemu:

- a) dokonania ponownego badania i oceny ofert,
- b) dokonania poprawienia ofercie WMPS oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- c) zastosowania w odniesieniu do wykonawcy WMPS procedury określonej w art. 90 ust. 1 ustawy i zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- d) zastosowania w odniesieniu do wykonawcy WMPS procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy i zwrócenia się do wykonawcy WMPS z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, względnie - nakazanie wezwania wykonawcy WMPS do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy,
- e) wykluczenia wykonawcy WMPS z postępowania z uwagi na wadliwe wniesienie wadium,
- f) dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

III. Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu zamówienia i jest zainteresowany udzieleniem mu zamówienia. W przypadku potwierdzenia się

podnoszonych w odwołaniu zarzutów, oferta odwołującego może zostać wybrana, jako najkorzystniejsza, gdyż uplasowała się w rankingu nieodrzuconych ofert na drugim miejscu. Zaniechanie udzielenia przez wykonawcę WMPS wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub złożenie

4

wyjaśnień, które nie obalą domniemania rażąco niskiej ceny, czy też zaniechanie uzupełnienia dokumentów bądź wadliwe ich uzupełnienie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, doprowadzą do sytuacji, w której oferta odwołującego zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Powyższe stanowi przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Pzp.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przedstawił argumentację w zakresie zarzutów.

Ad 1. Zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie poprawienia w ofercie WMPS oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.

(i). Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) opisał sposób obliczenia ceny oferty następująco:

Rozdział XIV. Opis sposobu obliczania ceny. 4. Cenę oferty należy określić na podstawie kosztorysu ofertowego, sporządzonego metodą szczegółową, obliczonego według dokumentacji projektowej, przedmiarów robót i szczegółowych specyfikacji technicznych. Dla każdej pozycji wyszczególnionej w przedmiarze należy podać swoją cenę jednostkową. Wartość robót powinna być iloczynem ilości robót określonej w przedmiarze i podanej ceny jednostkowej. Podstawą opracowania kosztorysu ofertowego jest załączona dokumentacja projektowa. Wykonawca jest zobowiązany skalkulować cenę w oparciu o ww dokumentację oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Przedmiar robót jest dokumentem pomocniczym mającym ułatwić Wykonawcy sporządzenie kosztorysu. Podane w przedmiarze robót katalogi należy traktować, jako materiał pomocniczy, a nie obowiązkowy przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego. Kolejność pozycji i działów, które są wyszczególnione w przedmiarze robót muszą odpowiadać pozycjom i działom w kosztorysie ofertowym.

(ii). Zgodnie z SIWZ, a także § 4 umowy (załącznik nr 6 do SIWZ), wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym.

Odwołujący podniósł, że w kosztorysie ofertowym WMPS powstało wiele omyłek rachunkowych, których poprawienia zamawiający zaniechał. Omyłki sprowadzają się do błędnego obliczenia wartości danej pozycji kosztorysu w ofercie wykonawcy WMPS. W konsekwencji, błędna jest również cena całkowita oferty WMPS.

(iii). Stosownie do postanowień SIWZ *wartość robót powinna być iloczynem ilości robót określonej w przedmiarze i podanej ceny jednostkowej.*

Odwołujący stwierdził, że wykonawca WMPS w wielu pozycjach kosztorysu ofertowego dokonał działań arytmetycznych niezgodnych z wymaganiem zawartym w Rozdziale XIV pkt 4 SIWZ, co przełożyło się na nieuzasadnione zwiększenie ceny za wykonanie robót.

5

Okoliczność ta ma istotne znaczenie dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż w przypadku zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp i dokonania poprawienia wszystkich istniejących omyłek rachunkowych, cena oferty WMPS ulega znacznemu obniżeniu.

Zdaniem odwołującego, zaniechanie poprawienia przez zamawiającego omyłek rachunkowych w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp w wybranej ofercie, dotyczy 45 pozycji kosztorysu ofertowego, co w konsekwencji oznacza, że cena oferty WMPS została w sposób niezgodny z SIWZ zawyżona o łączną kwotę 553 700.45 zł netto.

Zestawienie omyłek rachunkowych zawartych w kosztorysach ofertowych WMPS, odwołujący przedstawił, jako załącznik nr 1 do odwołania.

(iv). Odwołujący podał, że zamawiający pismem z dnia 1 marca 2013 r. zawiadomił wykonawcę WMPS o dokonaniu poprawek w jego ofercie, m.in. omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, wskazując, że wartość danej pozycji kosztorysu wynika z iloczynu prawidłowej ilości oraz ceny. Odwołujący stwierdził, że zamawiający posiada zatem, wiedzę, co do prawidłowego sposobu obliczenia ceny i prawidłowego sposobu poprawiania

omyłek rachunkowych, jednak z niewiadomych powodów odstąpił od zasad opisanych w SIWZ w odniesieniu do omyłek występujących w kosztorysie ofertowym WMPS.

W związku z powyższym odwołujący uznał, że zamawiający swoim działaniem (zaniechaniem) naruszył przepis art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad 2. Zarzut naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, przez brak zwrócenia się przez zamawiającego do wykonawcy WMPS o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

(v). Zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zastosowanie powołanej procedury jest czynnością zamawiającego, w przypadku podejrzenia złożenia oferty z rażąco niską ceną.

Odwołujący wskazał, że w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia znajduje się „Kosztorys Inwestorski” zamawiającego z dnia 14.12.2012 r., opiewający na kwotę 14 687 979,50 zł brutto. Ponadto, w pkt 2 ppkt 3 protokołu postępowania zamawiający określił, że wartość szacunkowa zamówienia, z pominięciem wartości przewidywanych zamówień uzupełniających, wynosi 11 941 446,75 zł (wartość netto).

Cena oferty WMPS, wynikająca z Formularza Ofertowego, opiewa na kwotę 9 915 967,52 zł brutto. Kwota ta uległa obniżeniu, wskutek poprawienia przez Zamawiającego omyłek rachunkowych, do kwoty 9 846 632,36 zł brutto. Odwołujący zaznaczył, że kwota ta powinna ulec kolejnemu zmniejszeniu do wysokości 9 234 915,96 zł brutto, z uwagi pominięcie omyłek rachunkowych (pkt iii uzasadnienia odwołania).

Z powyższego wynika, że cena oferty wybranej, jako najkorzystniejsza w sposób znaczący

6

odbiega nie tylko od wartości szacunkowej ustalonej przez zamawiającego na podstawie kosztorysów inwestorskich sporządzonych przez podmiot zewnętrzny, ale również cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu.

(vi). Wskazując granicę wyznaczającą konieczność odwołania się do art. 90 Pzp, odwołujący stwierdził, że należy powołać się na dorobek orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów, a także na literaturę przedmiotu w tym zakresie. Kluczowe elementy pozwalające zdecydować o podjęciu zażądania wyjaśnień w trybie art. 90 Pzp, to: 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przygotowana przez zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę, 2) porównanie z innymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen, 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych. Odwołujący podał, że wystarczające jest, że wystąpi którakolwiek z przesłanek powodująca powstanie wątpliwości, aby przepis stał się dla zamawiającego nakazem. Odwołujący wskazał wyrok KIO z dnia 03.03.2011 r., sygn. akt KIO 358/11, w którym Izba stwierdziła, że: *w przypadku powzięcia przez zamawiającego jakichkolwiek wątpliwości, co do rzetelności skalkulowania ceny oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma on obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. Za wystarczające uzasadnienie do wezwania należy uznać wątpliwości powstałe na skutek np. porównania ceny danej oferty do cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu lub średnich cen rynkowych lub też wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego.*

(vii). Odwołujący podniósł, że w orzecznictwie i doktrynie przyjęły się nawet pewne dopuszczalne progi procentowe, których przekroczenie nakłada na zamawiającego obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej. Zgodnie np. z wyrokiem z dnia 23 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1443/08: *Na aprobatę zasługuje w ocenie Izby podnoszone w doktrynie stanowisko, że odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia (vide: G. Wicik, P. Wiśniewski w Prawo zamówień publicznych. Komentarz. C. H. Beck. Warszawa 2007, str. 467).*

(viii). Cena zaoferowana przez wykonawcę WMPS jest o ok. 16 % niższa od ceny oferty odwołującego (druga w rankingu), o ok. 25 % niższa od ceny oferty „PPUH AGRO BAZA” W..... M..... (trzecia w rankingu) i o ok. 37 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia (Kosztorys Inwestorski zamawiającego).

Mimo kilkumilionowych różnic pomiędzy cenami złożonych ofert, zamawiający nie wezwał wykonawcy WMPS do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na

wysokość ceny wraz z dowodami potwierdzającymi zasadność zastosowania tych cen w ofercie. Bez tych wyjaśnień, w ocenie odwołującego, niedopuszczalny jest wybór oferty z

7

ceną, która może być uznana za rażąco niską.

(ix). Odwołujący zwrócił uwagę, że cena oferty wykonawcy WMPS odbiega od cen rynkowych (pozostałe oferty zostały wycenione na innym, wyższym poziomie), co powinno budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych oraz różnice kwotowe i procentowe powinny stanowić podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Potwierdzenie wątpliwości zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy WMPS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

(x). Z wykładni literalnej przepisu art. 90 ust. 1 Pzp, potwierdzonej w orzecznictwie Izby, wynika, że zamawiający zobowiązany jest dokonać czynności wezwania do wyjaśnień. Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaoferowania rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia domniemania. Przepis art. 90 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do podjęcia czynności będącej skutkiem oceny wyjaśnień. Odwołujący stwierdził, że wnosi o zastosowanie procedury, która ma na celu przeciwdziałanie złym praktykom rynkowym i eliminowanie ofert z ceną dumpingową, ale również ma na celu ochronę zamawiającego i uzyskanie przez niego pewności, że w związku z zaoferowaniem niskiej ceny nie zachodzi niebezpieczeństwo nienależytego wykonania zamówienia lub też niewykonania zamówienia.

Ad 3. i 4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy WMPS do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względnie - naruszenie przepisu art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy WMPS do złożenia wyjaśnień.

Ad 3. Nie wykazanie spełnienia warunku dysponowania osobami.

(xi). Zamawiający w Rozdziale VII ust. 1 pkt 3 SIWZ sformułował warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, żądając wykazania przez wykonawcę dysponowania kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami, tj.: kierownikiem budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letniem doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy; kierownikiem robót w branży sanitarnej bez ograniczeń, z uprawnieniami w specjalności w zakresie instalacji (wod.- kan., c.o., c.c.w., wentylacji) posiadającym, co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót; kierownikiem robót branży elektrycznej z uprawnieniami i co najmniej 3-letniem doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika robót; kierownikiem robót branży drogowej z uprawnieniami i co najmniej 3-letniem doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika robót.

(xii). W ofercie WMPS, str. 12-13, zamieszczono Wykaz kadry (załącznik nr 3 do SIWZ), w którym wykonawca wskazał cztery osoby. Przy każdej z osób podał jedynie liczbę lat

8

doświadczenia danej osoby. Złożony dokument nie dowodzi więc spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie wiadomo, na jakim stanowisku dana osoba nabyła doświadczenie. Odwołujący, odnośnie informacji, jakie powinny zostać podane w wykazie osób, powołał się na orzecznictwo Izby - wyroki: z dnia 8 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 172/12 oraz z 14 września 2011 r., sygn. akt KIO 1882/11 i KIO 1895/11, w których podano, że: *stopień szczegółowości zależy każdorazowo od treści opisu sposobu spełniania warunku i stopnia jego złożoności. Jeśli zamawiający wymaga robót budowlanych o wartości X, to wystarczy wskazanie nazw podmiotów i nazw projektów oraz podanie ich wartości, jeśli wymaga konkretnego okresu czasowego, to także podania przedziałów czasowych, jeśli specyficznych robót, np. montażu urządzeń medycznych, wówczas należy wykazać montaż i określić urządzenie medyczne, które montowano. Zatem, w zależności od opisu sposobu spełniania warunku, wykonawca będzie musiał odpowiednio więcej lub mniej wykazywać, ale to jego obciąża obowiązek dowodowy, że wszystkie wymogi spełnia pod rygorem wykluczenia go z postępowania. Wykonawca na etapie badania i oceny ofert nie może się zastanawiać tym, że zamawiający nie podał mu stopnia szczegółowości wykazania spełniania warunku, gdyż z ogólnych zasad dowodzenia można wywieść, że na wykonawcy spoczywa*

obowiązek wykazania, że wszystkie elementy warunku spełnia.

Z uwagi na fakt, że Wykaz kadry nie był przedmiotem wezwania do uzupełnienia, zamawiający winien zastosować w tym przypadku procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp, żądając uzupełnienia informacji w zakresie doświadczenia wszystkich kierowników robót.

Z ostrożności odwołujący podniósł, że zamawiający nie podjął także próby wyjaśnienia z wykonawcą powyższych okoliczności w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, czym w efekcie naruszył powołane wyżej przepisy ustawy.

W związku z powyższym uznał, że złożony na str. 12-13 oferty WPMS dokument nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Ad 4. Nie wykazanie spełniania warunku dysponowania wiedzą i doświadczeniem.

(xiii). Zamawiający w Rozdziale VII ust. 1 pkt 2) SIWZ sformułował warunek, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy potwierdzający spełnienie następujących warunków dotyczących: (...) 2) posiadania wiedzy i doświadczenia; warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności wykonawcy jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej 2 zadania odpowiadające swoim rodzajem (obiekty o kubaturze nie mniejszej niż 10 000 m³, w tym co najmniej jedna realizacja dotyczyła budynku użyteczności publicznej i wartością minimum 7 000 000 zł brutto, każde zadanie, co winni potwierdzić dokumentami, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

9

Wykonawca WMPS złożył w ofercie, str. 6-7, wykaz wykonanych robót budowlanych, zamieszczając w nim dwie roboty budowlane na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jedna z robót, dotycząca budowy hali produkcyjno-handlowej o kubaturze ok. 120.000 m³ Wydziału Profili Giętych P-4 w Tarnowie, została udostępniona wykonawcy WMPS przez podmiot trzeci - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELTAR Sp. z o.o. w Tarnowie (zwana dalej „ELTAR”).

Odwołujący zakwestionował skuteczność udostępnienia wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia. Mianowicie, na str. 10 oferty załączone zostało pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów, tj. wiedzy i doświadczenia. Według oceny odwołującego, zobowiązanie to jest jednak lakoniczne, przede wszystkim brak jest w pisemnym zobowiązaniu oświadczenia w zakresie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, co w ocenie odwołującego czyni zobowiązaniem bezskutecznym. Na podstawie treści zobowiązania należy więc uznać, że wykonawca nie wykazał spełnienia opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu.

(xiv). Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolnościach finansowych innych podmiotów, przedstawiając w tym celu w szczególności zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji swoich zasobów na okres wykonywania zamówienia. Przepis nie określa minimalnej treści zobowiązania udzielanego przez podmiot trzeci, niemniej jednak ustawodawca w sposób wyraźny wskazał, że wykonawca powołujący się na potencjał podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego należy więc przyjąć, że musi to być zobowiązanie do realnego przekazania określonej formy zaangażowania w wykonanie zamówienia, zaś forma ta powinna wynikać z treści pisemnego zobowiązania. Zobowiązanie pisemne firmy „ELTAR” w żadnym miejscu nie wskazuje formy, sposobu zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. W szczególności brak jest informacji o zobowiązaniu się przez podmiot trzeci do udziału w realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy. Skoro zatem brak jest jakichkolwiek informacji ze strony podmiotu trzeciego co do sposobu, w jaki wykonawca korzystać będzie z jego wiedzy i doświadczenia, jak również brak deklaracji co do udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, zdaniem odwołującego, udostępnienie wiedzy i doświadczenia celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest jedynie pozorne, a tym samym nieskuteczne.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zamawiający w toku badania i oceny ofert nie podjął w kwestionowanym zakresie jakichkolwiek czynności mających na celu zweryfikowanie skuteczności udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia. Zamawiający nie prosił wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w przedmiocie sposobu przekazania wiedzy i

doświadczenia przez „ELTAR”, nie dokonał także ustalenia, czy podmiot trzeci zamierza w jakikolwiek sposób zaangażować się w realizację zamówienia. Wreszcie, zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pomimo, zdaniem odwołującego, jego niewystarczającej treści.

(xv). Przedstawione stanowisko znajduje swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie. W wyroku Izby z dnia 22 marca 2012 r., sygn. akt KIO 466/12 wskazano, cyt.: *Wykonawca nie posiadający własnej wiedzy i doświadczenia nabytego przy samodzielnej realizacji robót, a których wykazanie jest spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, może w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b powołać się na zasoby innych podmiotów, wykazując w szczególności złożenie zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji swoich zasobów na okres wykonywania zamówienia. Przepis ten nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania. Niemniej jednak ze zdania drugiego tego przepisu wynika, że wykonawca winien w tym celu złożyć pisemne zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów wraz z wykazaniem „udowodnieniem zamawiającemu”, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Należy zatem uznać, że skoro musi to być zobowiązanie, do realnego przekazania określonej formy zaangażowania w wykonanie zamówienia, to forma ta winna zostać określona już w treści tego zobowiązania.*

Tym samym należy stwierdzić, że zobowiązanie podmiotu trzeciego oprócz samego „zobowiązania” winno być wypełnione treścią wskazującą, że udostępnienie zasobów i tym samym udział tego podmiotu w realizacji zamówienia ma charakter realny.

Przywołany przepis art. 26 ust. 2b Pzp stanowi transpozycję do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134/114 z 30.04.2004 r., ze zm.). Celem wprowadzenia tego przepisu było wdrożenie postanowień dyrektywy oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez poleganie przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Z orzecnictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, w zakresie możliwości powoływania się na zasoby podmiotów trzecich wynika, że „powołanie się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty (realny), co oznacza, że wykonawca musi faktycznie mieć do swojej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do realizacji zamówienia.

W wyroku z dnia 3 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1536/10, Izba orzekła, że w przypadku użyczenia zasobu wiedzy i doświadczenia w postępowaniu, gdzie przedmiotem są roboty budowlane, konieczne jest podzlecenie podmiotowi udostępniającemu odpowiedniej części

zamówienia. Zdaniem Izby w tych okolicznościach faktycznych w przypadku robót budowlanych dysponowanie potencjałem dla potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę mogło nastąpić poprzez przyjęcie przez podmiot trzeci zadań dla podwykonawcy, co powinno wynikać z treści oświadczeń. W innych okolicznościach Odwołujący nie może powoływać się na doświadczenie podmiotów trzecich, tylko z tego powodu, że taki podmiot udziela mu upoważnienia do dysponowania jego doświadczeniem nabytym wyłącznie przez ten podmiot przy realizacji skonkretyzowanych inwestycji (...). W sytuacji, gdy warunek dotyczy zasobów nierozdzielnie związanych z podmiotem ich udostępniającym, zasobów, które nie mogą być przedmiotem samodzielnego obrotu i których udostępnianie bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, nie jest możliwe, takie zobowiązanie o udostępnieniu zasobów powinno zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w tej konkretnej sprawie, gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane i potwierdzenie spełnienia warunku dotyczy wiedzy i doświadczenia wykonawcy (nie jego zasobów kadrowych) musi być związane z osobistym udziałem podmiotu, którego wiedza i doświadczenie ma potwierdzać spełnianie wymaganego warunku. Zatem uczestnictwo tego podmiotu w charakterze podwykonawcy jest niezbędne.

Cytowany wyrok oznacza, że zdaniem Izby, należy odróżniać nie tylko zasoby

nierozzerwalnie połączone z podmiotem udostępniającym, ale także w ramach tej kategorii różnicować przedstawiane przez wykonawców dokumenty w zależności od przedmiotu zamówienia, na roboty budowlane oraz usługi i dostawy.

W jeszcze innym wyroku, z dnia 5 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1588/10, KIO 1596/10 - Izba stwierdziła: *Izba przede wszystkim zwraca uwagę, iż przedmiotem tego zamówienia są roboty budowlane. Zgodnie z art. 647(1) ustawy - Kodeks cywilny - roboty budowlane są realizowane osobiście przez wykonawcę lub za pomocą podwykonawców. Z treści przedłożonego oświadczenia nie wynika, że celem jego przedłożenia było bezpośrednie uczestnictwo w realizacji zamówienia przez podmiot, którego zobowiązanie zostało dołączone do oferty odwołującego. Zdaniem Izby w przypadku robót budowlanych dysponowanie potencjałem dla potwierdzenia warunku wiedzy i doświadczenia przez wykonawcę mogło nastąpić przede wszystkim poprzez przyjęcie przez podmiot trzeci zadań dla podwykonawcy, co powinno wynikać z treści oświadczeń. W innych okolicznościach Odwołujący nie może powoływać się na doświadczenie podmiotów trzecich, tylko z tego powodu, że taki podmiot udzielił mu upoważnienia do dysponowania jego doświadczeniem nabytym wyłącznie przez ten podmiot przy realizacji skonkretyzowanych inwestycji. (...). Powyższe uczestnictwo, w tej konkretnej sprawie, gdzie przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, musi być związane z osobistym udziałem podmiotu w charakterze podwykonawcy.*

12

Stanowisko zbieżne z podniesionym w odwołaniu zarzutem zostało zaprezentowane także w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1637/10, KIO 1644/10, z dnia 25 września 2012 r., sygn. akt KIO 1927/12 oraz z dnia 10 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1641/12.

(xvi). Reasumując, z uwagi na przedstawione powyżej argumenty, przedłożone na str. 10 oferty WMPS pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, należy uznać za nieskuteczne w świetle art. 26 ust. 2b Pzp oraz zaprezentowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zwłaszcza w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Oznacza to, że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp - wobec nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, art. 26 ust. 3 Pzp - wobec braku wezwania do uzupełnienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego bądź uzupełnienia wykazu wykonanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie zgodnie ze sztuką budowlaną i prawidłowe ukończenie, a także art. 26 ust. 4 Pzp - wobec braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu, formy przekazania wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, a także poprzez brak ustalenia przez zamawiającego, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia i w jakim charakterze.

Ad 5. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy WMPS z postępowania w związku z wadliwym wniesieniem wadium.

(xvi). Zgodnie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.

Wykonawca WMPS w złożonej ofercie zamieścił ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG29/0021/13/0002. Gwarancja ta w pkt 5 ppkt 2) zawiera klauzulę zgodnie, z którą: *śądanie zapłaty powinno być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji.*

W ocenie odwołującego, zawarcie powołanej klauzuli ogranicza możliwość zamawiającego uzyskania zaspokojenia z tytułu wadium w przypadkach określonych w ustawie. Tym samym, wadium takie, jako wadliwe należy uznać za niewniesione w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że Towarzystwo Ubezpieczeń InterRisk w sposób wyraźny wskazało na konieczność oparcia żądania zapłaty na zdarzeniach zachodzących tylko i wyłącznie w okresie ważności gwarancji. Możliwości wypłaty wadium na rzecz zamawiającego doznały więc ograniczenia i nie obejmują, np. sytuacji, w której uzupełnione przez na bądź wykonawcę wezwanie zamawiającego oświadczenie, dokument pełnomocnictwo, jest w dalszym ciągu błędne, a błąd wynika ze zdarzenia mającego miejsce przed upływem terminu składania ofert (przykładowo - złożenie podpisów niezgodnie z zasadami reprezentacji wykonawcy na oświadczeniu, dokumencie bądź pełnomocnictwie przed upływem terminu składania ofert). Takie uzupełnienie, w ocenie odwołującego, będzie

13

oparte na zdarzeniu (złożenie podpisów w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji firmy), które niewątpliwie miało miejsce w dniu, w którym ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nie zaczęła jeszcze obowiązywać. Konsekwencją tego będzie brak możliwości skutecznego zatrzymania wadium przez zamawiającego.

W związku z powyższym, odwołujący uznał, że wniesienie odwołania stało się konieczne.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie. Zdaniem zamawiającego, odwołanie wskazujące zarzuty polegające na niezgodności z przepisami Pzp czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz na zaniechaniu czynności, do których zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp - jest chybione i mija się ze stanem faktycznym zaistniałym w postępowaniu.

W uzasadnieniu pisma zamawiający wskazał, że w ustalonym terminie składania ofert, oferty złożyło 6 wykonawców. Jedynym kryterium wyboru ofert została ustalona cena - kryterium cenowe.

Postępowanie zostało rozstrzygnięte 7 marca br., a najkorzystniejszą ofertą pod względem ceny, przy uwzględnieniu poprawek rachunkowych dokonanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, jak też i innych poprawek polegających na niezgodności oferty z SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, została wybrana oferta złożona przez WMPS z kwotą 9 846 632,36 zł brutto. Zamawiający dokonał poprawnej analizy oferty WMPS, a zatem nie ma mowy o wadliwej czynności wyboru oferty WMPS, jako najkorzystniejszej.

Ad 1. W toku sprawdzania oferty WMPS, zamawiający dopatrył się kilkunastu nieprawidłowości polegających na niezgodności oferty z SIWZ, w tym czterech nieprawidłowości, które polegały na wskazaniu nieprawidłowych ilości dla danych pozycji kosztorysowych, pozycje: 53.2 - błędna ilość 2,81, prawidłowa 2,91; pozycja 4.7 - błędna ilość 51, prawidłowa 12; pozycja 4.9 - błędna ilość 156, prawidłowa 71; pozycja 4.11 - błędna ilość 5, prawidłowa 22.

Wskazane nieprawidłowości zostały poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp.

W wyniku zastosowanych poprawek zmieniła się równocześnie wartość w złotych dla wskazanych pozycji kosztorysu, co jednocześnie wpłynęło na wartość oferty, wartość przed poprawką - 8 061 762,21 zł netto + 1 854 205,31 zł VAT = 9 915 967,52 zł brutto, wartość po poprawce - 8 005 392,16 zł netto + 1 841 240,20 zł VAT = 9 846 632,36 zł brutto. Odwołujący zarzucił zaniechanie poprawienia w kosztorysie ofertowym 45 pozycji, w tym wskazanych powyżej pozycji (dowód - załącznik nr 1 do odwołania) co mija się ze stanem faktycznym. Odnosząc się do żądania poprawienia, ewentualnie zarzutu zaniechania poprawienia w kosztorysie ofertowym pozostałych pozycji w kosztorysie WMPS (zgodnie z załącznikiem nr 1 do odwołania), które wpłynęłoby na dalsze obniżenie ceny ofertowej, zamawiający podniósł,

14

że odwołujący podał nieprawidłowe dane, wskazując tylko na jeden składnik ceny jednostkowej, jakim są nakłady robocizny, sprzętu i materiałów pomocniczych, nie wspominając nic o materiale, który miałby być użyty do wmontowania. Zamawiający wskazał sposób, w jaki wykonawca WMPS podał cenę jednostkową dla pozycji, w stosunku do których odwołujący postawił zarzuty w zakresie błędów w obliczeniu ceny. Zatem, WMPS dla danej pozycji, w sytuacji gdy Katalog Nakładów Rzeczowych lub odpowiednio Katalog Norm Nakładów Rzeczowych nie zawierał w sobie materiałów podstawowych do wykonania, indywidualnie dodał cenę za materiał podstawowy konieczny do zamontowania zgodnie z dokumentacją projektową i przedmiarem robót. Obliczenie ceny dla danej pozycji kosztorysowej zostało dokonane w następujący sposób - przykład: kosztorys ofertowy, branża budowlana pozycja 518 (Przegrody aluminiowe lub stalowe z profili cienkościennych powlekanych z drzwiami o powierzchni), 6.76 (ilość) x 88.448 zł (cena robocizny) + £ 3615,110 zł (cena za materiał podstawowy do zamontowania) = 4213,02 zł (cena dla danej pozycji kosztorysowej). W analogiczny sposób przedstawia się sytuacja w zakresie obliczania cen jednostkowych dla danych pozycji kosztorysowych w ofercie WMPS, w stosunku do których odwołujący postawił zarzuty (zgodnie z załącznikiem nr 1 do odwołania) w zakresie błędów rachunkowych, a także zaniechania czynności poprawienia omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Jeżeli zatem, przyjąć sposób obliczenia ceny dla danej pozycji kosztorysowej zaproponowany przez odwołującego, to uwzględniałaby ona tylko i wyłącznie koszt nakładów robocizny, sprzętu i materiałów pomocniczych bez materiału głównego

potrzebnego do wmontowania.

Analizując treść odwołania w tym zakresie, zamawiający doszedł do wniosku, że zaniechał poprawienia jednej pozycji w kosztorysie ofertowym poz. 15 d.1.1.1.14 (strona oferty 73) dla której wykonawca WMPS - zastosował ilość 13,5 - winno być 13,3. Zastosowanie w tym miejscu regulacji wynikających z art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp., spowodowałoby obniżenie ceny ofertowej jedynie o 2 zł 58 gr. Należy mieć na uwadze, że zgodnie z postanowieniami rozdziału XIV ust. 4 SIWZ, jak też § 4 ust. 1 wzoru umowy, wynagrodzenie w postępowaniu ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, w związku z czym cena wskazana w formularzu ofertowym ma na celu jedynie ustalenie rankingu złożonych ofert pod względem ceny, a rzeczywiste wynagrodzenie dla wykonawcy robót budowlanych, zostanie obliczone na podstawie ceny jednostkowej dla danej pozycji kosztorysu ofertowego pomnożone przez rzeczywistą ilość wykonanych robót.

Wskazany przez odwołującego błąd w zakresie poz. 15 d.1.1.1.14 (strona oferty 73) kosztorysu ofertowego WMPS, został zauważony przez zamawiającego w dniu 15 marca 2013 r. (piątek) o godz.13:43, po otwarciu elektronicznej skrzynki pocztowej (mmaziarz@stalowawola.pl) zawierającej *Informacje do Zamawiającego o zaniechaniu*

15

poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w wybranej ofercie, natomiast kopia odwołania wpłynęła do zamawiającego na wskazaną elektroniczną skrzynkę pocztową w dniu 18 marca 2013 r. (poniedziałek) o godz. 15:00, co uniemożliwiło zamawiającemu ustosunkowanie się do stawianych zarzutów w zakresie zaniechania czynności.

Ad 2. Zgodnie z dyspozycją art. 32 ust. 1 Pzp, w powiązaniu z art. 33 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający wycenił w dniu 14 grudnia 2012 r. wartość zamówienia na kwotę 11 941 446,75 zł netto, uwzględniając przy tym wartości zamówień uzupełniających, osiągnięto kwotę 14 329 736,10 zł netto, natomiast na realizację zamówienia postanowiono przeznaczyć 9 486 786,84 zł brutto (dowód - wycena wartości zamówienia ustalona przez zamawiającego). Zatem, na etapie sprawdzania i oceny ofert, nie było żadnych podstaw do wszczęcia procedury w zakresie *rażąco niskiej ceny* na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż oferta złożona przez wykonawcę WMPS, przekroczyła kwotę jaką zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 429 180,68 zł brutto. Nawet po uwzględnieniu poprawek rachunkowych zastosowanych przez zamawiającego w dniu 1 marca 2013 r., wartość oferty wykonawcy WMPS, nadal przekraczała środki jakie zamawiający zarezerwował na ten cel, o kwotę 359 845,52 zł brutto. Chybione są również zarzuty odwołującego, jakoby wartość oferty znacząco odbiegała od średniej wartości ofert, która w tym przypadku, wynosi około 80%. Nietrafione są również argumenty, że wartość oferty wykonawcy WMPS, znacząco odbiega od wartości szacunkowej ustalonej na podstawie kosztorysów inwestorskich sporządzonych przez podmiot zewnętrzny, gdyż należy mieć na uwadze, iż kosztorysy o których mowa, przygotowane zostały we wrześniu i październiku 2012 r. (dowód - pierwsze strony kosztorysów inwestorskich z datą opracowania), a więc zostały oparte na cenach rynkowych w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych, aktualnych publikacjach - takich jak Sekocenbud z 2 i 3 kwartału 2012 r. (patrz § 3 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym - Dz. U. Nr 130 poz. 1389). 2 i 3 kwartał 2012 r., był to szczytowy okres inwestycji budowlanych związanych z przygotowaniami do EURO 2012, jak też i z tzw. górką budowlaną spowodowaną kończącą się perspektywą finansową Unii Europejskiej na lata 2007-2013, co znacznie wpłynęło na wzrost kosztów robocizny, jak też i materiałów budowlanych w Polsce. Jednocześnie termin składania i otwarcia ofert przypadał na dzień 5 lutego 2013 r., co miało dwa skutki na zaoferowaną przez wykonawców cenę, tj.: 1) luty jest miesiącem traktowanym w budownictwie, jako tzw. sezon martwy - brak realizowanych inwestycji budowlanych, powoduje obniżkę cen oferowanych przez wykonawców; 2) od 4 kwartału 2012 r. dotarł do Polski tzw. kryzys finansowy, który również wpłynął na obniżkę cen proponowanych przez wykonawców przy realizacji robót

16

budowlanych.

Ponadto, w żadnym wypadku nie mają zastosowania argumenty, na które powołuje się

odwołujący w wyroku KIO z dnia 3 marca 2011 r., sygn. akt KIO 358/11, gdyż nie ma w ofercie wykonawcy WMPS cen jednostkowych, które by były niższe o 75% lub 86 % w stosunku do kosztorysu inwestorskiego.

Ad 3. W zakresie nie wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 pkt 3 lit. a - SIWZ, wykonawca biorący udział w postępowaniu winien był wykazać dysponowanie odpowiednią kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami tj.: - kierownikiem budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy; - kierownikiem robót w branży sanitarnej bez ograniczeń, z uprawnieniami w specjalności w zakresie instalacji (wod.-kan., co., c.cw., wentylacji) posiadającym, co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót; - kierownikiem robót branży elektrycznej z uprawnieniami i co najmniej 3-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika robót; - kierownikiem robót branży drogowej z uprawnieniami i co najmniej 3-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika robót.

Wszystkie osoby odpowiedzialne za kierowanie robotami budowlanymi, winny posiadać odpowiednie uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, zgodnie z ustawą z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane.

Zamawiający prawidłowo ocenił załączony do oferty „Wykaz kadry”, zgodnie z którym wskazane tam osoby posiadają niezbędne doświadczenie zawodowe na danym stanowisku:

1) A..... K..... (inżynier budownictwa, posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, Nr uprawnień: N/z-UAN-8346/48/87), będzie pełnił funkcję kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej oraz posiada 26 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku; 2) R..... M..... (magister inżynier, posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci instalacji i urządzeń wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych, wentylacyjnych i gazowych, Nr uprawnień: N/z-UAN-8346/16/87 oraz A-NB-7342/187/92), będzie pełnił funkcję kierownika robót w branży sanitarnej oraz posiada 26 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku; 3) J..... K..... (technik elektryk, posiadający uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, Nr uprawnień: A-NB-7342/194/92), będzie pełnił funkcję kierownika robót w branży elektrycznej oraz posiada 21 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku; 4) W..... K..... (inżynier, posiadający uprawnienia

17

budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności branży drogowej, Nr uprawnień 1706/99/u), będzie pełnił funkcję kierownika robót w branży drogowej oraz posiada 31 letnie doświadczenie zawodowe na stanowisku.

Zamawiający nie mógł i nie może domniemywać, że wykonawca WMPS, nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią kadrą techniczną, skoro w załączniku „Wykaz kadry” oświadczył, iż dane osoby posiadają odpowiednie doświadczenie zawodowe w latach na stanowisku. Ponadto, zamawiający stwierdził w sposób bezsprzeczny, że użyty w kolumnie trzeciej, załącznika nr 3 do SIWZ - „Wykaz kadry”, zwrot *Doświadczenie (w latach na stanowisku)*, odnosi się wprost do okresu doświadczenia zawodowego na danym stanowisku, jakiego wymagał od poszczególnych osób mających pełnić funkcje kierownicze przy realizacji inwestycji, zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 pkt 3 lit. a - SIWZ.

Ad 4. W zakresie nie wykazania spełnienia warunku dysponowania wiedzą i doświadczeniem.

Zgodnie z rozdziałem VII ust. 1 pkt 2 - SIWZ, wykonawca biorący udział w postępowaniu winien był wykazać się wiedzą i doświadczeniem, które zostanie potwierdzone, gdy: wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności wykonawcy jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej 2 zadania odpowiadające swoim rodzajem (obiekty o kubaturze nie mniejszej niż 10 000 m³, w tym co najmniej jedna realizacja dotyczyła budynku użyteczności publicznej*) i wartością minimum 7 000 000 zł brutto, każde zadanie, co winien potwierdzić dokumentami, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. **Budynek użyteczności publicznej - należy przez to rozumieć budynek przeznaczony na potrzeby*

administracji publicznej, wymiaru sprawiedliwości, kultury, kultu religijnego, oświaty, szkolnictwa wyższego, nauki, opieki zdrowotnej, opieki społecznej i socjalnej, obsługi bankowej, handlu, gastronomii, usług, w tym usług pocztowych lub telekomunikacyjnych, turystyki, sportu, obsługi pasażerów w transporcie kolejowym, drogowym, lotniczym, morskim lub wodnym śródlądowym, oraz inny budynek przeznaczony do wykonywania podobnych funkcji, za budynek użyteczności publicznej uznaje się także budynek biurowy lub socjalny (rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie - Dz. U. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.).

Ponadto, w ust. 2 rozdziału VII SIWZ, zamawiający wskazał, cyt. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji

18

zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca WMPS w celu spełnienia warunku w zakresie doświadczenia zawodowego, skorzystał z uprawnienia przysługującego na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, dołączając do oferty stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego, jakim jest „ELTAR” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, wraz ze stosownymi referencjami wystawionymi przez Firmę STALPRODUKT S.A. z siedzibą w Bochni, dla „ELTAR” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Sp. z o.o., datowanymi na dzień 2 lutego 2010 r. Z treści zobowiązania wprost wynika, że wykonawca WMPS Wylewki Maszynowe S.C. P..... K....., S..... Z....., ul. Westerplatte 14A/30, 33 - 100 Tarnów, może polegać na moich: - wiedzy i doświadczeniu i zobowiązuje się do oddania ww. wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn.: „Budowa budynku administracyjno-dydaktyczno-socjalnego dla potrzeb Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego w Stalowej Woli (segment C) - kontynuacja”. Niezasadnym jest zatem zarzut odwołującego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest nieskuteczne, ze względu na lakoniczność lub też nieokreślenie, o jaką wiedzę i doświadczenie chodzi w sytuacji gdy, do oferty zostało załączone jedno zobowiązanie na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp., w zakresie oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia, jak też i jeden dokument referencyjny podmiotu trzeciego, potwierdzający spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia przy realizacji obiektu o kubaturze nie mniejszej niż 10 000 m³. Ponadto zamawiający wskazał, że dokumenty zostały podpisane osobiście przez Prezesa Zarządu „ELTAR” Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Sp. z o.o., tj. przez A..... P....., a więc należało wykluczyć, jakiegokolwiek nieporozumienia w zakresie przekazywania referencji jak też i doświadczenia zawodowego z nich wynikających.

Ad 5. Odwołujący, przedstawił zarzut naruszenia normy prawnej wynikającej z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z powodu nie wykluczenia wykonawcy WMPS, ze względu na nieprawidłowe zabezpieczenie oferty w postaci wadium, argumentując to tym, że załączona do oferty ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium Nr 02GG29/0021/13/0002, zawiera w ust. 5 pkt 5, klauzulę zgodnie, z którą *śądanie zapłaty powinno być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji*. Zarzut odwołującego jest niezasadny, gdyż trudno wyobrazić taką sytuację, w której zamawiający, żądałby od gwaranta, realizacji ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, powołując się na bliżej nieokreślone sytuacje i zdarzenia prawne, które miałyby nastąpić poza terminem ważności tej gwarancji.

W związku z powyższym, zamawiający wniósł o nieuwzględnienie odwołania.

Zamawiający załączył załącznik nr 1 do Stałego regulaminu pracy komisji przetargowej Gminy Stalowa Wola w zakresie zamówień publicznych. Budowa budynku administracyjno-dydaktyczno-socjalnego dla potrzeb Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego w Stalowej Woli

19

(segment C) - kontynuacja, dla projektu pn. „Stworzenie kompleksowej bazy naukowo-dydaktycznej i socjalnej dla uczelni wyższych w Stalowej Woli jako ośrodka intensyfikacji rozwoju gospodarczego i społecznego Polski Wschodniej”, w którym podał informacje:

1) wartość zamówienia w rozumieniu art. 32 ust. 1 Pzp - 11 941 446,75 zł;

- 2) wartość zamówienia w rozumieniu art. 32 ust. 3 Pzp (w tym liczba % zamówienia uzupełniającego) - 14 329 736,10 zł;
- 3) osoba dokonująca ustalenia wartości zamówienia Mirosław Tęcza;
- 4) data ustalenia wartości zamówienia - 14.12.2012 r.;
- 5) podstawa ustalenia wartości zamówienia - Kosztorysy inwestorskie sporządzone przez:
 - a) Projektowanie i Nadzory Inwestorskie G..... K....., ul. Mostowa 6, 37-418 Krzeszów,
 - b) S..... & W..... Architekci, ul. Dobrego Pasterza 122A, 31-416 Kraków;
- 6) kwota, jaką zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (brutto) - 9 486 786,84 zł.

Wykonawca przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w piśmie procesowym złożonym na rozprawie podał, że odwołanie jest całkowicie bezpodstawne i w związku z tym wniósł o jego oddalenie w całości. Podniósł, że odwołujący nie przedstawił argumentów podważających decyzję zamawiającego, co do wyboru oferty przystępującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu pisma podał.

Nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 Pzp, ponieważ jak pokazuje argumentacja zawarta w poniższych punktach uzasadnienia, ocena ofert została dokonana prawidłowo, zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz Pzp.

Ad 1. Odwołujący podniósł, że w kosztorysie ofertowym przystępującego znajduje się szereg omyłek rachunkowych, których poprawienia zaniechał zamawiający. Załączył do odwołania zestawienie omyłek rachunkowych, które jest błędnie sporządzone. Przykładem może być pozycja, co do której odwołujący stwierdził, że cena jednostkowa np. w poz. 518 d. 1.0.1 „Przegrody aluminiowe” wynosi 88,448 zł. Z oferty jednak wynika, że cena jednostkowa to: 88,448 Σ+ 3615,11 zł. Oznacza to, że do podanych przez odwołującego w zestawieniu omyłek rachunkowych należy dodać koszty istotnych wartościowo materiałów, np. przegród aluminiowych (w odróżnieniu od materiałów takich pomocniczych, jak: kołki, silikon, pianka, które są już uwzględnione w cenie), powinny być zgodnie z ww. wzorem dodane do ceny danej pozycji.

Stawiając zarzuty w zakresie omyłek rachunkowych, odwołujący wskazał niekompletne ceny jednostkowe i podał nieprawdziwe dane, niemające potwierdzenia w złożonej ofercie.

20

Przystępujący załączył kopie stron kosztorysu ofertowego, do których odwołujący miał uwagi. Niezależnie od powyższego, przystępujący podkreślił, że odpowiadając na pismo zamawiającego w sprawie poprawienia omyłek oraz wezwania do wyjaśnień (z dnia 1 marca 2013 r., Nr Or-V1.271.105.2012), udzielił (w piśmie z dnia 4 marca 2013 r.) stosownych wyjaśnień oraz wyraził zgodę na poprawienie omyłek, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Zarzut odwołującego uznał za całkowicie niezasadny. Wskazał, że dokonanie poprawek nie wpływa na wynik postępowania.

Ad 2. Zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, którego oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustawodawca celem zapobieżenia stosowaniu sankcji art. 89 ust. 1 pkt 4 bez udziału wykonawcy zobowiązał każdorazowo zamawiającego, aby przed czynnością odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, przeprowadził postępowanie wyjaśniające z udziałem wykonawcy. Temu celowi służy art. 90 Pzp, który wskazuje procedurę postępowania zanim zamawiający podejmie ewentualną czynność odrzucenia oferty. Podkreślił przy tym, że rażąco niska cena to taka, która nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty, a nie jakakolwiek inna, która zdaniem zamawiającego jest zbyt niska. Poza tym, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08): *Przepisy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, mimo że pojęcie to zostało użyte przez ustawodawcę nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., ale i w art. 90 p.z.p. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.*

Dla szerszego wyjaśnienia wątpliwości w sprawie, wskazał aktualne orzecznictwo.

W pierwszym rzędzie zacytował wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. Krajowej Izby Odwoławczej

(sygn. akt KIO/UZP 1354/10), w którym Izba stwierdziła, że: 1. Wezwanie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień może mieć miejsce tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. 2. O zasadności wezwania nie można decydować na podstawie arytmetycznego kryterium - zaoferowaną cenę należy każdorazowo odnosić do konkretnego przedmiotu zamówienia, jego specyfiki, rynku danego rodzaju dostaw, usług czy robót budowlanych. 3. Wartość szacunkowa ustalana przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania nie musi stanowić odzwierciedlenia aktualnych na moment składania ofert cen rynkowych. Wartość ta ma znaczenie przede wszystkim z uwagi na ustalenie zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może zaś, bez względu na prawidłowość jej oszacowania, stanowić głównego kryterium oceny, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest ceną rażąco

21

niską. Innym wyrokiem adekwatnym do omawianej sprawy jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1403 /12). Jak wskazała Izba w cytowanym wyroku: *Okoliczność, iż po stronie zamawiającego leży obowiązek wykazania rażąco niskiej ceny wynika z samej treści art. 90 ust. 3 ustawy zgodnie z którym „Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”. W samej SIWZ zawarto zapis zgodnie z którym „Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwróci się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny” (pkt 27 ppkt 1 SIWZ). Przy czym co do definicji rażąco niskiej ceny to Izba przyjmuje za wytyczną orzecznictwo z którego wynika, że jest to cena za którą nie można wykonać przedmiotu zamówienia (...).*

W przywołanym wyroku KIO wskazała także, że: *Natomiast odnosząc się do treści samego art. 90 ust. 3 ustawy to mówi się w nim, że to zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę. Czyli zamawiający jest dysponentem czynności odrzucenia oferty w oparciu o jej rażące zaniżenie. Należy odpowiedzieć na pytanie czy zamawiający może takich stwierdzeń używać na podstawie swobodnej jego oceny to jest na wycucie, na domniemanie, czy do takich stwierdzeń potrzebuje dowodów i co przez taki dowód należy rozumieć. Z pewnością takim dowodem powinna być wartość szacunkowa zamówienia ustalona w oparciu o kosztorys inwestorski. Niemniej w toku postępowania odwoławczego zamawiający ani razu nie przywołał w poczet dowodów czy to wartość szacunkową czy to wartość wynikającą z kosztorysu inwestorskiego. Przy czym jeżeli przyjąć by, że o poziomie rażąco niskiej ceny decyduje wartość szacunkowa to 16 ofert należałoby odrzucić za wyjątkiem siedemnastej oferty, która przekroczyła 123 mln. złotych.*

Ponadto, w uzasadnieniu ww. orzeczenia Izba zwróciła uwagę na istotny przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu aspekt znalezienia granicy, której przekroczenie zadecyduje o kwalifikowaniu ceny do znamion rażąco niskiej ceny i tego kto ma prawo to ustalić. Izba stwierdziła, że odpowiedź w tym zakresie jest oczywista i jest to ten kto podejmuje czynność odrzucenia oferty, a ofertę odrzuca zamawiający. Przepisy Pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny nie precyzują jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji przystępujący stwierdził, że wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco

22

odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. Przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości. Wielokrotnie w doktrynie podnoszono, że orzecznictwo nie wypracowało jednolitego stanowiska, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej.

Przeciwnie, rozbieżności w tym względzie są daleko idące.

Przystępujący uznał, że podjęta przez odwołującego próba ustalenia progu procentowego w związku, z którym należy podjąć badania, nie ma żadnego umocowania w przepisach prawa. Zaproponowana przez wykonawcę cena na poziomie 9.846.632,36 zł. nie jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną, a w porównaniu do ceny oferty odwołującego wyższą zaledwie o niewiele ponad 10%. Zgodnie z orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C - 103/88 (Constanzo), niedopuszczalne, jako sprzeczne z zasadą wspierania rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych jest automatyczne, wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium, uznawanie za rażąco niskie i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu, np. tańszych o więcej niż 10% od średniej ceny wszystkich złożonych ofert. Z treści przywołanego orzeczenia wynika norma interpretacyjna, iż z uwagi na zróżnicowany charakter poszczególnych zamówień oraz istotę uwarunkowań organizacyjnych, gospodarczych i ekonomicznych związanych z realizacją świadczeń w ramach zamówień publicznych kwestię rażąco niskiej ceny należy analizować w aspekcie konkretnego zamówienia, z uwzględnieniem wszelkich okoliczności mających realny wpływ na proces sporządzania oferty.

W wyroku z dnia 21 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1269/08; KIO/UZP 1271/08) Izba stwierdziła: *Podkreślić wyraźnie należy - jak wskazuje dotychczasowe orzecznictwo w zakresie zamówień publicznych, tak krajowe (ZA, KIO, SO), jak i europejskie (ETS) - że w zakresie określenia ceny rażąco niskiej nie można sztywno wyznaczyć procentowej granicy, odnoszącej się, np. do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia określonej przez Zamawiającego, wskazującej, że przekroczenie tej granicy, poniżej określonego minimum, wskazuje jednoznacznie, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Stąd też twierdzenie Odwołującego, że cena ZGM o 36% niższa od szacunku Zamawiającego jest ceną rażąco niską, nie może się ostać.*

W wyroku z dnia 6 lutego 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 109/09) Izba stwierdziła: *punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej może być nie tylko wartość szacunkowa zamówienia, ale także jego specyfika i charakter oraz ceny ofert konkurencyjnych.*

W wyroku z dnia 16 marca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-253/07) Zespół Arbitrów stwierdził, że: *przy istniejących na rynku rozbieżnościach cen świadczonych usług różnica pomiędzy*

23

ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia na poziomie 20% nie może być automatycznie kwalifikowana, jako cena rażąco niska.

Przystępujący wskazał na podstawie art. 6 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu wywodzi skutki prawne, zatem faktem do udowodnienia w przedmiotowym postępowaniu jest brak rażąco niskiej ceny po stronie odwołującego.

Powyższe potwierdził wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd uznał, że jeżeli zamawiający nie stwierdził rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. (...). Odwołujący nie przedstawił dowodów na potwierdzenie stawianego zarzutu.

Ad 3. W SIWZ w rozdziale VII (warunki udziału w postępowaniu) w punkcie 3 a, zamawiający podał wymagania dotyczące osób (...) kierownikiem robót branży sanitarnej, z uprawnieniami (...) posiadającym co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót.

Wiadomym zatem jest, skoro zamawiający zaznacza, że wymaga x lat doświadczenia na stanowisku kierownika robót, to wpisane w tabelce liczba lat doświadczenia odnosi się do doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/robót, zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ tym bardziej, że w kolumnie obok wpisana jest proponowana rola w zamówieniu - co wskazuje na pełnią funkcję. Liczba lat wpisana w rubrykę „Doświadczenie (w latach na stanowisku)” odnosi się do lat doświadczenia na stanowisku kierownika budowy/ robót.

Nie sposób zgodzić się z odwołującym, że osoby wykazane w załączniku nr 3 do formularza oferty nie spełniają warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego. Zgodnie z wymogiem określonym w rozdz. VII ust. 1 pkt 3 SIWZ, zamawiający określił minimalne doświadczenie zawodowe w stosunku do kadry technicznej na stanowisku kierownika budowy oraz kierownika robót. W załączonym wykazie wykonawca wykazał: - w poz. 1 na kierownika budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej

A..... K..... Jednocześnie w kolumnie „Doświadczenie (w latach na stanowisku)” wpisał 26 lat; - w poz. 2 na kierownika robót w branży sanitarnej R.....
M..... Jednocześnie w kolumnie „Doświadczenie (w latach na stanowisku)” wpisał 26 lat; - w poz. 3 na kierownika robót w branży elektrycznej J..... K.....
Jednocześnie w kolumnie „Doświadczenie (w latach na stanowisku)” wpisał 21 lat; - w poz. 4 na kierownika robót w branży drogowej W..... K..... Jednocześnie w kolumnie „Doświadczenie (w latach na stanowisku)” wpisał 31 lat.
Ponieważ zamawiający w warunku udziału w postępowaniu określił minimalne doświadczenie zawodowe na stanowisku kierownika budowy oraz kierownika robót, oczywistym jest, że w wykazie podane zostało doświadczenie na stanowiskach kierownika

24

budowy oraz kierowników robót. Należy zauważyć, że w stosunku do kadry technicznej żadne inne doświadczenie nie było wymagane.

W wyroku z dnia 14 czerwca 2010 r. (KIO/954/10, KIO 962/10) KIO uznała, że żaden z przepisów ustawy Pzp nie statuuje dla wykonawcy obowiązku zlecenia podwykonawcom zakresu prac odpowiadających posiadanemu przez podwykonawcę doświadczeniu, na które powołuje się wykonawca.

Ad 4. W wyroku z dnia 16 lipca 2010 r. (KIO/1399/10) Izba stwierdziła, że przedstawienie przez podmiot trzeci samego zobowiązania do oddania wykonawcy zasobów do realizacji zamówienia należy uznać za wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunków przez wykonawcę. Podmiot ten nie musi uczestniczyć w realizacji części zamówienia. Podobnie zauważyła KIO w wyroku z dnia 6 lipca 2010 r. (KIO/1245/10).

W odniesieniu do cytowanego przez odwołującego orzeczenia KIO 1558/10, 1596/10 z dnia 5 sierpnia 2010 r., w ślad za Krajową Izbą Odwoławczą (wyrok z dnia 14 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2104/11), przystępujący zauważył, że zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował udostępnionymi mu zasobami przy realizacji zamówienia. Jeden ze środków dowodowych przy pomocy, których wykonawca może wykazać owe dysponowanie, to wskazane w ww. przepisie zobowiązanie podmiotu trzeciego. Zobowiązanie to ma potwierdzać oddanie do dyspozycji wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Przepis ten mówi o oddaniu określonych zasobów do dyspozycji w toku realizacji zamówienia, co nie jest jednoznaczne z koniecznością fizycznego wykonywania części, bądź całości zamówienia przez ten właśnie podmiot trzeci, tj. udziału podmiotu trzeciego, jako podwykonawcy.

Ustawodawca w art. 26 ust. 2 b Pzp nie posłużył się określeniem „podwykonawca przy realizacji zamówienia”, a jedynie „uczestniczyć przy realizacji zamówienia”, co jest pojęciem szerszym. Istotne jest zatem jedynie to, aby określony, udostępniany wykonawcy potencjał mógł być wykorzystany przy realizacji zamówienia, nie ma jednak znaczenia czy będzie to robił w charakterze podwykonawcy, doradcy, konsultanta, czy innej postaci wsparcia merytorycznego przy realizacji zamówienia. Chociaż Izba zgodziła się przy tym z wyrażanym w orzecznictwie poglądem, iż najbardziej optymalną i wyrazistą sytuacją odzwierciedlającą udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego jest faktyczne powierzenie podmiotowi trzeciemu do fizycznej realizacji części zamówienia, to jednak w świetle literalnej wykładni art. 26 ust. 2b Pzp nie jest to jedyna możliwość.

Mając powyższe na względzie przystępujący stwierdził, że spełnił ustawowy obowiązek

25

wynikający z art. 26 ust. 2b Pzp i w tym celu do oferty dołączył wymagane zobowiązania, z których wynika, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami w czasie realizacji zamówienia, brak jest podstaw do kwestionowania złożonych dokumentów, a także do wezwania do uzupełnienia, czy wykluczenia WMPS z udziału w postępowaniu.

Na koniec wywodów w tej części, przywołał wyrok KIO z dnia 16 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1399/10). W opisywanym stanie faktycznym odwołujący także załączył do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu wiedzy i doświadczenia, jak również wszystkie dokumenty wymagane postanowieniami SIWZ celem wykazania spełnienia

warunków udziału w postępowaniu dla wykazania dysponowania zasobami niezbędnymi dla realizacji zamówienia w odniesieniu do zasobów podmiotów trzecich. Ponadto odwołujący, powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, a więc uzyskane przez ten podmiot referencje, jednocześnie oświadczył, iż w realizacji zamówienia nie przewiduje udziału podwykonawców, poprzez wpisanie w Formularzu ofertowym słów „nie dotyczy”. W wyroku z dnia 9 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/1265/10) Krajowa Izba Odwoławcza przywołała treść zobowiązania, które jest wystarczające do uznania właściwego udostępniania wiedzy i doświadczenia.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych dodatkowych warunków, jakie ma spełniać zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Wraz z ofertą przystępujący przedłożył jednoznaczne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu zasobu wiedzy i doświadczenia.

Ad 5. Wymogi, co do skuteczności wniesienia wadium, jego formy i zakresu zabezpieczenia określa ustawa Pzp w art. 45 i 46. Do istotnych elementów mających wpływ na ważność wadium, należą w szczególności: termin wniesienia wadium, przesłanki zatrzymania przez zamawiającego wadium, określone w ustawie Pzp, okres jego obowiązywania oraz forma wniesienia wadium.

Zamawiający poza ustaleniem wysokości wadium oraz wskazaniem rachunku bankowego, na który wadium wnoszone w pieniądzu powinno być wpłacane, nie posiada żadnych kompetencji do specyficznego kształtowania wnoszonych zabezpieczeń wadium, np. wpływania na treść przedkładanych mu gwarancji oraz nie ma żadnych możliwości egzekwowania własnych wymagań w tym zakresie.

Wadium wniesione przez wykonawcę należy uznać za wniesione prawidłowo, a tym samym brak jest podstaw do zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wadium wniesione zostało w wymaganej wysokości na pełny okres związania ofertą, w jednej z form wskazanych w art. 45 ust. 6 Pzp oraz umożliwia pełne oraz efektywne, i w tym znaczeniu bezwarunkowe, zaspokojenie zamawiającego w przypadku wystąpienia którejkolwiek okoliczności wskazanej w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Zawarcie klauzuli o treści *śądanie zapłaty powinno być oparte wyłącznie na zdarzeniach*,

26

które zaszyły w okresie ważności gwarancji czyni gwarancję jak najbardziej prawidłową, albowiem oczywistym jest, że wyegzekwowanie kwoty wadium może nastąpić jedynie w okresie ważności gwarancji w przypadku zaistnienia okoliczności wymienionych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Wbrew twierdzeniom odwołującego wskazane powyżej klauzula nie stanowi żadnego utrudnienia w skorzystaniu przez zamawiającego z uprawnień przysługujących mu z tytułu wystawionych na jego rzecz gwarancji.

Ze względu na powyższe, przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. P..... K....., prowadzący działalność gospodarczą pn. P..... K..... WMPS Wylewki Maszynowe s.c. z siedzibą w Tarnowie, 2. S..... Z....., prowadzący działalność gospodarczą pn. SEBASTIAN ZAJĄC WMPS Wylewki Maszynowe s.c. z siedzibą w Tarnowie - skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uzyskując status uczestników tego postępowania.

Odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp uprawniające go do wniesienia odwołania, złożył ofertę sklasyfikowaną na drugiej pozycji w rankingu ofert z uwzględnieniem jedynego kryterium oceny ofert - cena o znaczeniu 100%, zatem w przypadku wykazania zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu i wyeliminowania z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana, jako najkorzystniejsza, ma potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Po rozpoznaniu odwołania i ocenie każdego zarzutu w zakresie przedstawionym w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp), z uwzględnieniem faktu, że zarzutem jest skonkretyzowane zachowanie lub zaniechanie zamawiającego niezgodne z przepisami Pzp, z negatywnym

skutkiem dla odwołującego (art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 Pzp) oraz mając na uwadze, że uwzględnienie odwołania może nastąpić wyłącznie w okolicznościach wynikających z art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie nakazując zamawiającemu wykonanie czynności wskazanych w sentencji, wobec uznania za udowodniony jeden z pięciu zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Na rozprawie został potwierdzony zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie sposobu dysponowania przez

27

przystępującego zasobami wiedzy i doświadczenia oddanymi mu do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, przez inny podmiot - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie, na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp. Pozostałe zarzuty nie zostały potwierdzone w stopniu, który obligowałby do uwzględnienia odwołania, w okolicznościach wskazanych w art. 192 ust. 2 Pzp.

Stan faktyczny sprawy został szczegółowo przedstawiony przez strony i uczestnika postępowania w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, stosownych pismach, dowodach, tworzących akta sprawy odwoławczej, i nie budzi wątpliwości, nie jest także kwestią sporną. Spór dotyczy kwalifikacji prawnej czynności podjętych w postępowaniu. Izba zamieściła w uzasadnieniu z niewielkimi skrótami stanowiska stron wraz z szeroko przywołanym orzecznictwem, mając na uwadze, że strony i uczestnik postępowania odwoławczego (przystępujący) powołują się na orzecznictwo wspierające prezentowane przez nich stanowiska.

Przyjmując numerację zarzutów podaną w opisowej części uzasadnienia wyroku, Izba wskazuje następujące uzasadnienie rozstrzygnięcia zarzutów.

Ad 1. Nie został potwierdzony zarzut zaniechania poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie przystępującego. Zgodnie z art. 87 ust. 2 Pzp zamawiający zobowiązany jest do poprawienia w ofercie omyłek. Pkt 2 tego ustępu w zestawieniu z pkt 1 i 3 określa jednoznaczną przesłankę - *Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.* Zarówno samo pojęcie *oczywistej omyłki rachunkowej* wynikające z przepisu, jak też ugruntowane w orzecznictwie rozumienie tego przepisu wskazuje, że oczywista omyłka rachunkowa, to skutek błędnego, niewłaściwego obliczenia rachunkowego, najczęściej działania arytmetycznego. Taki też jest zarzut odwołania. Odwołujący podał, że stwierdził w ofercie przystępującego 45 omyłek kwalifikujących się do poprawienia w trybie wskazanego przepisu. Na rozprawie potwierdzono, że z tej ilości, omyłki w rozumieniu przywołanych przepisów wystąpiły w 5. przypadkach, z czego zamawiający poprawił w toku badania i oceny ofert 4 pozycje w sposób wymagany w przepisach (okoliczności niesporne w postępowaniu). W ofercie podano nieprawidłowe ilości danych w pozycjach kosztorysowych - pozycje: 53.2 - błędna ilość 2,81, prawidłowa 2,91; pozycja 4.7 - błędna ilość 51, prawidłowa 12; pozycja 4.9 - błędna ilość 156, prawidłowa 71; pozycja 4.11 - błędna ilość 5, prawidłowa 22.

Wskazane nieprawidłowości zostały poprawione przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Pzp. Po uwzględnieniu konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek

28

uległa zmianie cena oferty przystępującego, z pierwotnej 9 915 967,52 zł brutto, na 9 846 632,36 zł brutto.

Na skutek przeoczenia zamawiający nie poprawił jednej pozycji, tj. poz. 15 d.1.1.1.14 (strona oferty 73), dla której przystępujący - zastosował ilość 13,5 m², zamiast 13,3 m² i której efekt stanowi różnicę w cenie oferty o 2 zł 58 gr. Pozostałe pozycje nie zawierają omyłek, lecz odmienny od pozostałych wykonawców sposób obliczenia ceny oferty zamieszczony w załączniku do SIWZ. W opisowej części SIWZ, zamawiający żądał obliczenia ceny oferty, jako ilorazu ilości jednostek i ceny jednostkowej opisanych produktów. Przystępujący podał w tabeli załączonej w formie załącznika do oferty - jednostki miary, ilości, cenę i wartość, przy czym w kwestionowanych 40 pozycjach, w wierszach górnych przedstawił ceny robocizny, sprzętu i materiałów pomocniczych, w wierszach dolnych - ceny materiału głównego

potrzebnego do wmontowania (oznaczenie $\Sigma +$); odwołujący podał - cenę jednostkową, ilości i wartość.

Zamawiający wyjaśnił na rozprawie, że przystępujący w sytuacji, gdy Katalog Nakładów Rzeczowych lub odpowiednio Katalog Norm Nakładów Rzeczowych nie zawierał w sobie materiałów podstawowych do wykonania, dodawał indywidualnie dla danej pozycji cenę za materiał podstawowy konieczny do zamontowania, zgodnie z dokumentacją projektową i przedmiarem robót. Obliczenie ceny dla danej pozycji kosztorysowej zostało dokonane przykładowo w następujący sposób - *kosztorys ofertowy, branża budowlana pozycja 518 (Przegrody aluminiowe lub stalowe z profili cienkościennych powlekanych, przegrody z drzwiami), 6.76 (ilość) x 88.448 zł (cena robocizny) + Σ 3615,110 zł (cena za materiał podstawowy do zamontowania) = 4213,02 zł (cena dla danej pozycji kosztorysowej)*. W analogiczny sposób przedstawiono obliczenia cen jednostkowych dla pozycji kosztorysowych w ofercie przystępującego, w stosunku do których odwołujący postawił zarzuty (zgodnie z załącznikiem nr 1 do odwołania) w zakresie omyłek, a także zaniechania czynności poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Ponadto, zamawiający potwierdził, że zastosowane w toku badania i oceny oferty różne sposoby przeliczenia wielkości podanych w spornych pozycjach kosztorysu ofertowego przystępującego, końcowo wskazują te same kwoty. W konsekwencji odwołujący przyznał, że zarzut sformułował na podstawie mnożenia cen jednostkowych nakładów robocizny, sprzętu i materiałów pomocniczych (wiersze górne) oraz ich ilości, nie uwzględnił natomiast wierszy dolnych (cena materiału użytego do wmontowania), z tego względu, że nie wiedział, co oznaczają te pozycje.

Izba uznała, że nie wykazano w toku postępowania odwoławczego zarzucanego naruszenia wskazanego przepisu w okolicznościach przedstawionych w odwołaniu, gdyż nie wystąpiły oczywiste omyłki rachunkowe w 40 pozycjach kosztorysu ofertowego. Oczywiste omyłki rachunkowe i inne omyłki (4 ilościowe), które istotnie miały miejsce, zostały poprawione w

29

toku badania i oceny oferty przystępującego, natomiast jedna omyłka stwierdzona w dniu 15 marca 2013 r. wywołuje skutek w postaci różnicy w cenie oferty o 2 zł 58 gr i nie stanowi podstawy do uwzględnienia odwołania na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp. Izba miała też na uwadze, że przedmiotem zarzutu nie był sposób przedstawienia ceny w formularzu ofertowym przystępującego, lecz wyłącznie zaniechanie poprawiania oczywistych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zatem, nie wykazano zawyżenia ceny wybranej oferty o 553 700,45 zł jak podnoszono w odwołaniu. W zakresie granic odwołania, które wyznaczają zakres postępowania odwoławczego, orzekały wielokrotnie sądy okręgowe, w tym Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11 i Sąd Okręgowy w Rzeszowie w wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12.

Ad 2. Nie potwierdzono zarzutu zaniechania wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Z okoliczności sprawy jednoznacznie wynika, że zarzut ten jest wynikiem zakładanego w odwołaniu skutku pierwszego zarzutu - zawyżenia ceny wybranej oferty.

Przepis art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Z przepisu wynika wyjaśniający charakter czynności zamawiającego. Z orzecznictwa arbitrażowego, sądowego i stanowiska doktryny, w zależności od okoliczności rozpoznawanego lub ocenianego przypadku wynika, że zwrócenie się zamawiającego do wykonawcy o dokonanie weryfikacji ceny oferty musi być poprzedzone powzięciem uzasadnionych wątpliwości, co do realności przedstawionej ceny (tylko w sytuacji, gdy zaistnieje uzasadnione prawdopodobieństwo, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, zamawiający zwraca się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień - wyrok KIO 1354/12). Nie jest uzasadnione zwracanie się o przedstawienie kalkulacji ceny, jeśli zamawiający nie poweźmie, co najmniej wątpliwości czy cena nie jest rażąco niska - wyrok KIO 255/10.

Izba podziela stanowisko przedstawione w obszernym zakresie w zasadzie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie cytowanego orzecznictwa, z którego wynika m.in., że o niezbędności przeprowadzenia procedury wyjaśniającej na podstawie art.

90 ust. 1 Pzp decydują istotne okoliczności konkretnej sprawy i nie ma żadnego uzasadnienia stosowanie tej procedury wyłącznie na podstawie porównania matematycznego cen ofert. W wyroku z dnia 9 grudnia 2010 r., sygn. akt V Ga 122/10 Sąd Okręgowy w Olsztynie orzekł, że: *Ustawodawca nie określił przesłanek, jakie mają wskazywać na konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie*

30

zaofferowanej przez niego w ofercie ceny. Obowiązek taki zachodzi po stronie zamawiającego wówczas, gdy poweźmie wątpliwość co do tego, czy cena nie jest rażąco niska. Jednak muszą to być wątpliwości uzasadnione, poprzedzone dokładną analizą oferty. Niewystarczające jest odniesienie do szacunkowej wartości zamówienia.

W przypadku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, ciężar dowodu, że cena oferty nie jest rażąco niska obciąża wezwanego wykonawcę, gdyż wykonawca zostaje zobowiązany do wykazania elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przeciwnym razie zamawiający odrzuca ofertę, co wynika z przepisów z art. 90 ust. 3 Pzp (odpowiednio art. 55 dyrektywy klasycznej). W przypadku zarzutu wobec zamawiającego, że zaniechał wskazanej w art. 90 ust. 1 Pzp czynności, wykonawca stawiający zarzut jest zobowiązany do wykazania, a co najmniej do uprawdopodobnienia, że kwestionowana cena oferty jest rażąco niska, co oznacza, że jest nierealna, nie pozwala na właściwe wykonanie zamówienia.

Udowodnienie naruszenia przepisu art. 90 ust. 1 Pzp wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że w okolicznościach konkretnej sprawy, zamawiający powinien powziąć, co najmniej wątpliwości, że cena oferty jest nierealna, za którą nie można wykonać zamówienia. W orzecznictwie określa się również, że wypełnienie przesłanek z tego przepisu, to domniemanie rażąco niskiej ceny, które ma obalić wykonawca w postępowaniu wyjaśniającym, ze skutkiem z art. 90 ust. 3 tego przepisu, bądź - wykonawca podnoszący zarzut zaniechania przez zamawiającego wezwania innego wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Cena rażąco niska, to cena nierealna, nierzeczywista, niemożliwa do wykonania zamówienia. *O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07). Ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, cena niewiarygodna, oderwana od realiów rynkowych, za którą wykonanie należyte zamówienia nie jest możliwe. Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach, jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia (wyrok Izby z dnia 2 maja 2011 r., sygn. akt KIO 832/11).*

Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu nie przedstawił dowodu, że cena wybranej oferty jest nierealna, nierzeczywista, niemożliwa do wykonania zamówienia, zważywszy, że postępowanie odwoławcze jest kontradiktoryjne, zobowiązujące strony do wskazywania

31

dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, nie wykazał więc, że cena uczestnika postępowania odwoławczego jest niewiarygodna, za którą nie można wykonać zamówienia.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut domniemania rażąco niskiej ceny oferty wyłącznie na podstawie procentowego odniesienia ceny wybranej oferty do kwoty kosztorysu inwestorskiego (znacznie różniącej się od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podanej przez zamawiającego bezpośrednio przed otwarciem ofert) oraz cen pozostałych ofert - *cena zaofferowana przez wykonawcę WMPS niższa o ok. 16 % od ceny oferty odwołującego (druga w rankingu) i o ok. 25 % niższa od ceny oferty „PPUH AGRO BAZA” W..... M..... (trzecia w rankingu) i o ok. 37 % niższa od wartości szacunkowej zamówienia (Kosztorys Inwestorski zamawiającego)* - wskazując w konsekwencji, że różnice procentowe cen uzasadniają zastosowanie art. 90 ust. 1 Pzp.

Przedstawione argumenty nie mogą samodzielnie w żadnej mierze stanowić podstawy domniemania, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z regulacji prawnych jednoznacznie wynika, że przedmiot zamówienia, w rozumieniu wynikającym z art. 90 ust. 1 Pzp, oznacza w ujęciu rzeczowym cały zakres robót, dostaw lub usług, w finansowym - wartość zamówienia ustaloną przez zamawiającego na podstawie art. 32 ust. 1 Pzp w odniesieniu do wszystkich rodzajów zamówień i art. 33 ust. 1 i 2 Pzp w odniesieniu do robót budowlanych, powiększoną o kwotę podatku VAT. Z reguły jest to kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, podawana bezpośrednio przed otwarciem ofert.

W rozpoznawanym postępowaniu, zgodnie z przedstawionym stanowiskiem, zamawiający wycenił wartość następująco: *w dniu 14 grudnia 2012 r. wycenił wartość zamówienia na kwotę 11 941 446,75 zł netto, uwzględniając przy tym wartość zamówień uzupełniających, osiągnięto kwotę 14 329 736,10 zł netto, natomiast na realizację zamówienia postanowiono przeznaczyć 9 486 786,84 zł brutto (dowód - wycena wartości zamówienia ustalona przez zamawiającego). Zatem, na etapie sprawdzania i oceny ofert, nie było żadnych podstaw do wszczęcia procedury w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż oferta złożona przez wykonawcę WMPS, przekroczyła kwotę, jaką zamawiający postanowił przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia o 429 180,68 zł brutto. Nawet po uwzględnieniu poprawek rachunkowych zastosowanych przez zamawiającego w dniu 1 marca 2013 r., wartość oferty wykonawcy WMPS, nadal przekraczała środki, jakie zamawiający zarezerwował na ten cel, o kwotę 359 845,52 zł brutto.*

W końcowej części uzasadnienia zarzutu przedstawionego w odwołaniu, odwołujący podał, że ze względu na prewencyjny charakter czynności żądania wyjaśnień (przeciwdziałanie złym praktykom oraz eliminacja niewłaściwych ofert), zamawiający zobowiązany był do

32

zastosowania wskazanej procedury. Zdaniem Izby, nie jest możliwe uznanie przedstawionej argumentacji za zasadną w odniesieniu do treści art. 192 ust. 2 Pzp, z której wynika, że odwołanie (a więc każdy zarzut z osobna) podlega uwzględnieniu, o ile naruszenie przepisu ustawy miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co oznacza, że uwzględnienie zarzutu prowadzi do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Ad 3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 Pzp, względnie ust. 4 tego ustępu przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, względnie zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W rozdziale VII ust. 1 pkt 3 SIWZ zamawiający opisał sposób dokonywana oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu odnośnie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, żądając wykazania przez wykonawcę dysponowania kadrą techniczną z uprawnieniami i kwalifikacjami, tj.: kierownikiem budowy w branży konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz co najmniej 5-letniem doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika budowy; kierownikiem robót w branży sanitarnej bez ograniczeń, z uprawnieniami w specjalności w zakresie instalacji (wod.-kan., c.o., c.cw., wentylacji) posiadającym, co najmniej 3-letnie doświadczenie na stanowisku kierownika robót; kierownikiem robót branży elektrycznej z uprawnieniami i co najmniej 3-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika robót; kierownikiem robót branży drogowej z uprawnieniami i co najmniej 3-letnim doświadczeniem zawodowym na stanowisku kierownika robót.

Zarzut naruszenia wskazanych w tym punkcie odwołania przepisów Pzp przez zaniechanie czynności zamawiającego został sformułowany nie tyle na podstawie braku wymaganego doświadczenia osób, co na wątpliwościach odwołującego, czy istotnie wskazane w wykazie lata doświadczenia znacznie ponad żądanie zamawiającego, to istotnie lata na wskazanych stanowiskach.

Zarzut i żądanie dotyczy więc wskazania czynności, które należałoby, zdaniem odwołującego, powtórzyć celem sprawdzenia poprawności oceny dokonanej przez zamawiającego. Nie wykazano podstaw do nieuwzględnienia wykazu osób, a jedynie wątpliwości, co do realności wskazanych okresów doświadczenia. Zamawiający wymagał wykazania doświadczenia osób na stanowiskach, odpowiednio - kierownika budowy 5. letniego doświadczenia na takim stanowisku i kierowników robót 3. letnich doświadczeń na takich stanowiskach.

budowy, kierownicy robót), wskazał w trzeciej w kolejności kolumnie, doświadczenie w latach na stanowisku, odpowiednio - 26 lat, 26 lat, 21 lat i 31 lat. Odwołujący nie zakwestionował braku wymaganego doświadczenia określonego w latach: 5 i 3, a jedynie, że *nie wiadomo, na jakim stanowisku dana osoba nabyła doświadczenie*.

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu opisu zamieszczonego w SIWZ i sformułowaniu zarzutu przedstawionego w odwołaniu, brak jest podstaw do zakwestionowania załączonego wykazu kadry, jeśli jego skutkiem ma być tylko potwierdzenie czynności zamawiającego, a nie zakwestionowanie wykazanego doświadczenia osób. Z opisu tabeli jednoznacznie wynika, że doświadczenie osób dotyczy stanowisk, które im zaproponowano przedstawiając wykaz kadry.

Ad 4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 26 ust. 3 Pzp, względnie ust. 4 tego ustępu - doświadczenie zawodowe wykonawcy - został potwierdzony. Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi, że wykonawca może polegać na wiedzy doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponować zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Wskazany przepis wiąże możliwość korzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Dysponowanie zasobami innego podmiotu nie zawsze musi się wiązać z udziałem tego podmiotu w realizacji zamówienia. Jednakże okoliczność taka musi wynikać z charakteru danego zasobu. Dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym, czy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia np. przez wydzierżawienie określonego sprzętu, czy też udostępnienie pracownika nie wymaga rzeczywistego uczestnictwa podmiotu oddającego do dyspozycji swój potencjał w realizacji zamówienia. W takiej sytuacji stosunek wykonawcy z innym podmiotem może ograniczać się jedynie do zobowiązania udzielenia wykonawcy niektórych zasobów. W sytuacji, gdy występują zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem, jak wiedza i doświadczenie - dysponowanie zasobami musi wiązać się z udziałem innego podmiotu w realizacji zamówienia, gdyż nie jest możliwe przekazanie potencjału w tym zakresie bez uczestnictwa w realizacji zamówienia.

Zasoby wiedzy i doświadczenia nie są one tożsame. Zasób wiedzy wskazuje na teoretyczną znajomość zagadnienia, zasób doświadczenia jest szerszy i odnosi się także do znajomości praktycznej zagadnienia oraz wynikającej z niej umiejętności reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, niż wcześniejsze

osobiste uczestniczenie w podobnych przedsięwzięciach. Doświadczenie to zbiór niewyuczonych, automatycznych reakcji wynikających z już nabytych praktycznych umiejętności. Proces zdobywania praktycznych umiejętności kształtowany jest przez czynnik czasu, czego efektem jest biegłość i wprawa przy wykonywaniu określonych czynności wynikająca z uprzedniego wykonywania analogicznych prac (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2294/11). Istota wiedzy i doświadczenia wskazuje, że nie można tymi zasobami podzielić się z innym wykonawcą tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownego zaangażowania podmiotu udostępniającego swój zasób wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia, czyni możliwość dysponowania potencjałem przez innego wykonawcę iluzoryczną.

Zatem, samo przekazanie referencji z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez udziału podmiotu w wykonywaniu zamówienia, polega w istocie na użyczeniu referencji dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czemu przeczy cel przepisu art. 26 ust. 2b Pzp.

Z orzecznictwa Trybunału ukształtowanego na podstawie art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiących podstawę wskazanego przepisu krajowego wynika, że powołanie się na korzystanie z zasobów innego podmiotu musi mieć charakter rzeczywisty. Zatem, zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca faktycznie ma do swojej dyspozycji zasoby innego podmiotu potrzebne do wykonania zamówienia (orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 r, w sprawie C-176/98 Holst Italia) - *na podstawie opinii UZP, Prawo zamówień publicznych po zmianach z 2009 r.* W wyroku KIO z dnia z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2294/11 Izba uznała, że *skoro oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, ponieważ nierozdzielnie związane jest z tym zasobem, a zatem także uczestnictwo - w myśl przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp także jest objęte obowiązkiem udowodnienia. Fakt uczestnictwa w wykonaniu zamówienia musi zostać udowodniony przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia.*

Przystępujący, na potwierdzenie spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, tj. wykonania - *w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności wykonawcy jest krótszy - to w tym okresie, co najmniej 2 zadania odpowiadające swoim rodzajem (obiekty o kubaturze nie mniejszej niż 10 000 m³, w tym co najmniej jedna realizacja dotyczyła budynku użyteczności publicznej) i wartością minimum 7 000 000 zł brutto, każde zadanie - przedłożył wykaz wykonanych robót, w którym*

35

podał w poz. 2 robotę dotyczącą budowy hali produkcyjno-handlowej o kubaturze ok. 120.000 m³ Wydziału Profili Giętych P-4 w Tarnowie, która została udostępniona przystępującemu przez inny podmiot - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ELTAR” Spółka z o.o. w Tarnowie. Do wykazu, oprócz referencji, zostało załączone zobowiązanie innego podmiotu, którego treścią jest oświadczenie tego podmiotu o zobowiązaniu się do oddania przystępującemu (w treści zobowiązania podano nazwę przystępującego) do dyspozycji niezbędnych zasobów (wiedzy i doświadczenia) na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (podano nazwę przedmiotu zamówienia).

Odwołujący zakwestionował skuteczność udostępnienia wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia wskazując, że *zobowiązanie jest lakoniczne, przede wszystkim brak jest w pisemnym zobowiązaniu oświadczenia w zakresie udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, co w ocenie odwołującego czyni zobowiązanie bezskutecznym. Na podstawie treści zobowiązania należało więc uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania opisanego w SIWZ warunku udziału w postępowaniu, co skutkuje zastosowaniem art. 26 ust. 3 Pzp, tj. wezwaniem do uzupełnienia pisemnego zobowiązania innego podmiotu, zwłaszcza w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, a także art. 26 ust. 4 Pzp, wobec braku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu, formy przekazania wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot. Naruszenia przepisów dokonano także przez brak ustalenia, czy podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia i w jakim charakterze.*

W świetle przedstawionego na wstępie tego punktu uzasadnienia, Izba uznała zarzut za potwierdzony, zwłaszcza wobec faktu, że na rozprawie zamawiający i przystępujący nie wyjaśnili spornej kwestii sposobu realnego udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot.

Zatem, zasadne pozostaje stanowisko przedstawione w odwołaniu o konieczności, w przedmiotowym stanie faktycznym, doprecyzowania okoliczności realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot. Zamawiający winien wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących załączonego zobowiązania innego podmiotu.

Obowiązkiem przystępującego jest udowodnienie dysponowania zasobem, a o takim udowodnieniu może przesądzać fakt, gdy zobowiązanie do udostępnienia zasobami jest prawnie skuteczne i wiążące, m.in. wyrok KIO z dnia 29 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1259/12. Jeśli wyjaśnienia nie przyniosą oczekiwanego efektu, zamawiający przed wykluczeniem przystępującego z postępowania, zobowiązany jest zastosować procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp.

Ad 5. Izba nie uznała zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania w związku z wadliwym wniesieniem wadium,

Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Przystępujący załączył do oferty Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium Nr 02GG29/0021/13/0002 wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział Tarnów. W pkt 5 ppkt 2 Gwarancji została zamieszczona treść: *śądanie zapłaty powinno być oparte wyłącznie na zdarzeniach, które zaszły w okresie ważności gwarancji.*

Odwołujący nie wykazał na czym polega ograniczenie możliwości zamawiającego uzyskania zaspokojenia z tytułu wadium w przypadkach określonych w ustawie i że wadium, jako wadliwe należy uznać za niewniesione w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Uzasadnienie podane w odwołaniu, że - *Możliwość wypłaty wadium na rzecz zamawiającego doznały ograniczenia i nie obejmują, np. sytuacji, w której uzupełnione przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego oświadczenie, dokument bądź pełnomocnictwo, jest w dalszym ciągu błędne, a błąd wynika ze zdarzenia mającego miejsce przed upływem terminu składania ofert (np. złożenie podpisów niezgodnie z zasadami reprezentacji wykonawcy na oświadczeniu, dokumencie bądź pełnomocnictwie przed upływem terminu składania ofert).* Takie uzupełnienie, w ocenie odwołującego, będzie oparte na zdarzeniu (złożenie podpisów w sposób niezgodny z zasadami reprezentacji firmy), które niewątpliwie miało miejsce w dniu, w którym ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nie zaczęła jeszcze obowiązywać. Konsekwencją tego będzie brak możliwości skutecznego zatrzymania wadium przez zamawiającego - nie zostało przedstawione i poparte na rozprawie w sposób pozwalający uznać, że przystępujący nie wniósł wadium, w szczególności w sytuacji, gdy zamawiający nie opisał w tym względzie żadnych wymagań w SIWZ (Rozdział X. Wymagania dotyczące wadium). Gwarant zagwarantował nieodwołanie i bezwarunkowo zapłatę wadium podając szczegółowo przypadki określone w przepisach ustawy Pzp, których treść odpowiada treści art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp (pkt 1 dokumentu). Wskazanie, że podstawą żądania zapłaty powinny być zdarzenia, które zaszły w okresie ważności gwarancji, wobec faktu ustanowienia ważności wadium na okres podany w dokumencie oraz wymóg ważności wadium w okresie związania wykonawcy ofertą, w przedstawionych okolicznościach sprawy, nie wydaje się stanowić zagrożenia interesom zamawiającego. Takich zagrożeń odwołujący nie wykazał.

Reasumując powyższe, Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu, na podstawie art. 192 ust. 2 i 3 pkt 1 Pzp, nakazując zamawiającemu powtórzenie czynności, których efektem może być wybór, jako

37

najkorzystniejszej, oferty innego wykonawcy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

38