

WYROK
z dnia 15 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 maja 2012 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Sp. k.a., ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o. w Koszalinie, ul. Jedności 4, 75-401 Koszalin**

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS SA, ul. Szewska 3, 50-035 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 867/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o. w Koszalinie, ul. Jedności 4, 75-401 Koszalin** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Sp. k.a., ul. Św. Wojciecha 10, 78-100**

1

Kołobrzeg tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. nakazuje dokonać wpłaty kwoty **23.600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o. w Koszalinie, ul. Jedności 4, 75-401 Koszalin** na rzecz wykonawcy **KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Sp. k.a., ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane w zakresie: „Budowy „pod klucz z pierwszym wyposażeniem” kompleksu wodno-rekreacyjnego w Koszalinie” - znak sprawy 7ZP/11, zostało wszczęte przez **Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o. w Koszalinie, ul. Jedności 4, 75-401 Koszalin** zwany dalej: „**Zarząd Obiektów Sportowych Sp. z o.o.**” albo „**Zamawiającym**”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot

Europejskich za numerem 2011/S 196-319281 z dnia 12.10.2011 r.

W dniu 20.04.2012 r. (faxem, pismo z dnia 25.04.2012 r.) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS SA, ul. Szewska 3, 50-035 Wrocław zwanej dalej: „Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS SA” albo „Przystępującym” oraz odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, jak i art. 89 ust.1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oferty: KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Sp. k.a., ul. Św. Wojciecha 10, 78-100 Kołobrzeg zwanego dalej: „KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Sp. k.a.” albo „Odwołującym”. Zamawiający wskazał, że uznał, iż zaistniały przesłanki faktyczne i prawne do wezwania wykonawcy Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty. W postępowaniu zostało złożonych 12 ofert, z czego wszystkie oferty z wyjątkiem Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A. przewyższały kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia t.j. kwotę 73.800.000 zł brutto. Cena najniższej oferty Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A wynosi 68.988.700,01 zł brutto. Z kolei cena podana przez drugiego wykonawcę wynosiła 80 933 826,57 zł i jest wyższa od ceny Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A o 17 %, natomiast cena podana przez trzeciego wykonawcę wynosiła 84.747.000,00 zł i jest wyższa od ceny Kornas o 23 %. Kolejne oferty cechują się dużym zróżnicowaniem. Ceny w nich zaoferowane są wyższe od ceny oferowanej przez Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A, od 28% - 85%. W tej sytuacji, Zamawiający miał podstawy do wszczęcia wobec Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 Pzp. Stosowne pismo zostało przesłane w dniu 20.01.2012 r. Czynność wezwania nie została zakwestionowana na tym etapie przez wykonawcę. W udzielonej odpowiedzi (pismo wykonawcy z 30.01.2012 r.) wykonawca poinformował, że jest renomowanym wykonawcą na rynku usług budowlanych posiadającym zarówno doświadczenie, jak i potencjał

wykonawczy, dzięki czemu właściwie ocenia ryzyka i koszty realizowanych inwestycji. Odnosząc się do elementów ceny oferty, wykonawca powołał się na spadek cen materiałów budowlanych na rynku oraz wskazał, iż ma możliwość nabywania materiałów po cenach wyjątkowo atrakcyjnych w związku z uzyskiwanymi rabatami. Wykonawca wskazał na współpracę z wieloma podwykonawcami na wyjątkowo korzystnych warunkach, powoływał się również na niskie koszty pracy z uwagi na teren, gdzie zlokalizowana jest jego siedziba, dostęp do kruszyw z własnej kopalni oraz rozbudowaną bazę sprzętową. W ocenie Zamawiającego powyższe wyjaśnienia stanowią w rzeczywistości jedynie deklarację wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną kwotę. Wykonawca nie przedstawił natomiast żadnego dowodu na potwierdzenie swojego oświadczenia, ani w zakresie całej ceny, ani żadnego z jej elementów składowych (np. umowy z podwykonawcami, oferty zakupu towarów z istotnymi rabatami itp.). Wykonawca nie wskazał też innych czynników, w tym wskazanych przykładowo w art. 90 ust. 2 Pzp. Wykonawca do swojego pisma załączył 14 kosztorysów ofertowych dotyczących poszczególnych branż: architektury i konstrukcji; instalacji sanitarnych wewnętrznych; technologii basenu; instalacji elektrycznych wewnętrznych; instalacji teletechnicznych; instalacji sanitarnych zewnętrznych; stacji trafo; zagospodarowania terenu 8 %; zagospodarowania terenu 23 %; zagospodarowania terenu - dróg; instalacji elektrycznych zewnętrznych; instalacji oświetlenia zewnętrznego; wyposażenie podstawowe 23 %; technologii fontanny oraz węzła cieplnego. Po sprawdzeniu powyższych kosztorysów przez biegłych powołanych przez Zamawiającego w trybie art. 21 ust.4 Pzp i w oparciu o sporządzone przez biegłych opinie Zamawiający stwierdza, iż Wykonawca nie uwzględnił w przedłożonych kosztorysach pełnego zakresu zamówienia, w efekcie zaoferowana cena nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia. Podkreślił, iż Wykonawca sporządził kosztorysy ofertowe według pozycji przedmiaru inwestorskiego, który stanowił jedynie materiał poglądowy i pomocniczy. Tymczasem podstawą do sporządzenia oferty był projekt wykonawczy umieszczony na stronie internetowej Zamawiającego w formie nieedytowalnej. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia określonym w Części 3 pkt 1 SIWZ podstawą wykonania zamówienia jest projekt budowlano - wykonawczy, natomiast przedmiary robót winny być traktowane jedynie pomocniczo. W efekcie Wykonawca nie doszacował kosztów zamówienia na łączną kwotę 12 470 275,02 zł. Odnosząc to do poszczególnych kosztorysów ofertowych stwierdzono. W zakresie kosztorysu ofertowego Wykonawcy - architektura i konstrukcja na wartość 26 550 792,00 zł stwierdzono, iż:

- 1) oferta cenowa na roboty budowlane nie uwzględnia pełnego zestawienia materiałów

niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia tj.:

a) braki w wyliczeniach stali zbrojeniowej - oszacowane na podstawie zestawień stali znajdujących się na rysunkach konstrukcyjnych. Po wstępnych obliczeniach Zamawiającego brakuje w zestawieniu oferenta około 400-450 ton stali zbrojeniowej, co przeliczając według

2

stawki oferenta za 1 tonę stali (2 074,741 zł) daje niedoszacowanie na poziomie 933 349,50 zł.

b) braki w wyliczeniach powierzchni stropów żelbetowych - oszacowanych w uproszczony sposób z rysunków konstrukcyjnych i architektonicznych tj. bez odejmowania powierzchni ewentualnych belek, podciągów itp. Po wyliczeniach Zamawiającego powierzchni stropów i płyt żelbetowych części nadziemnej budowli wynika, iż opisywanych powyżej powierzchni jest około 8,8-9,0 tys m². Po przeanalizowaniu kosztorysu ofertowego wynika, iż płyt i stropów różnych grubości i wykonanych w różnych technologiach tej części budynku jest 7 715,535 m² co daje różnicę w stosunku do obliczeń z rysunków na poziomie 1200-1250 m². Po przeliczeniu różnicy powierzchni według stawek jak dla stropu o grubości 20 cm zaproponowanych przez oferenta tj. 89,48zł/m² wynika, że niedoszacowanie tego elementu oscyluje na poziomie 111 850,00 zł.

c) braki w zestawieniu stali konstrukcyjnej dachu - oszacowane na podstawie załączonych na stronie internetowej ZOS-u zestawień stali dla elementów dachu. Wykonawca w kosztorysie przedstawił obmiar stali na poziomie 130 ton (str. 10 kosztorysu - roboty budowlane) natomiast konstruktor wyliczył w zestawieniu 385,161 tony - różnica to 255,161 tony. Przy uwzględnieniu cen rynkowych wykonania elementów ze stali konstrukcyjnej na poziomie 6 000,00 zł/t niedoszacowanie kształtuje się na poziomie 1 530 966.00 zł.

2) Ustalono, iż ceny materiałów Wykonawcy są znacznie niższe od katalogowych cen producentów materiałów. Przyjęte do oferty ceny materiałów uwzględniając możliwość uzyskania inwestycyjnych upustów cenowych przez oferenta znacznie odbiegają od cen rynkowych. Powyższa uwaga dotyczy głównie ceny materiału pokrycia dachowego nad halą basenową, w obrębie konstrukcji przejścia dachu poza halę basenową pokrycia dachowego poza halą basenową oraz nad częścią SPA oraz usługi wykonania w/w pokrycia na zaprojektowanej podkonstrukcji. Uwzględniając dokładne zapisy Specyfikacji Technicznych zastosowanych materiałów, w oparciu o które należało skalkulować element wynika, że proponowana przez potencjalnych wykonawców cena waha się w przeliczeniu na m² w zakresie od 550-600 zł/m². W kosztorysie ofertowym cena waha się w zależności od rodzaju dachu od 39,17-60,00 zł/m². Po zasięgnięciu opinii dostawców i wykonawców pokryć dachowych stwierdzono, iż niemożliwym jest wykonanie zgodnie ze specyfikacją techniczną pokrycia dachowego na wymienionych częściach budynków uwzględniając zaproponowane przez oferenta stawki. Na podstawie wyliczeń różnicowych pomiędzy stawkami oferenta, a cenami rynkowymi uwiadczenia się niedoszacowanie oferty w przedziale 3 500 000,00 zł. Reasumując powyższe kosztorys w zakresie architektury i konstrukcji został niedoszacowany na kwotę od 6 076 165,50 zł netto.

W zakresie kosztorysu ofertowego Wykonawcy w branży sanitarnej.

1) Uwagi dotyczące oferta cenowej w zakresie instalacji zewnętrznych sanitarnych:

3

a) oferta cenowa na roboty sieciowe nie zawiera (pomimo wyraźnych wytycznych zawartych w projekcie wykonawczym) kalkulacji na prace odwodnieniowe terenu wykopów w związku z prowadzonymi robotami ziemnymi. Po wstępnym oszacowaniu przez Zamawiającego kosztów prac odwodnieniowych dotyczących obiektów liniowych stwierdzono, iż koszty te dla w/w sieci mogą kształtować się na poziomie 400 000,00 zł.

b) prace ziemne związane z wykonaniem zewnętrznych sieci sanitarnych prowadzone są częściowo w terenach przeznaczonych na drogi komunikacyjne i parkingi. Wykonawca nie przewiduje całkowitej wymiany gruntu w tym zakresie szacowanej na około 180 000,00 zł, biorąc jednocześnie odpowiedzialność za prawidłowe zagęszczenie zasypywanego gruntu.

c) brak w ofercie kosztów wykonania zbiornika uśredniającego o poj. 30,0 m³ na kanalizacji sanitarnej.

d) nie ujęto w ofercie kosztów wykonania prób szczelności odcinków sieci kanalizacji grawitacyjnej sanitarnej i deszczowej, szacowanych na około 40 000,00 zł.

e) kalkulacja cen wymienników ciepła w kosztorysie Wykonawcy dot. węzła cieplnego,

wykazuje niedoszacowanie na poziomie 30%, kosztorysie ujęto koszt naczyń wzbiornych typu N, a nie typu G z wymienną membraną (jak zakładał projekt). Niedoszacowanie w tym zakresie szacuje się na kwotę 12 111,18 zł.

f) kalkulacja cen materiałów dla sieci, szczególnie dla rur z PE i PCV wskazuje, że ceny Wykonawcy są o ok. 50-60% niższe od cen katalogowych producentów. Przykładowo rura PCV SN8 dn 400 mm wg oferty 75,17 zł, wg producentów 298,90 zł (Wavin), 223,70 zł (Kaczmarek) oraz 264,83 zł (wg Sekocenbud). Należy przyjąć, iż ceny materiału po uzyskaniu przez Wykonawcę upustów cenowych od producentów zostały zaniżone o ok. 25%, co dla ogółu sieci sanitarnych daje kwotę zaniżenia na poziomie 317 175,55 zł netto kosztów materiałów. Reasumując powyższe kosztorys Wykonawcy na zewnętrzne sieci sanitarne został niedoszacowany na kwotę od 949 286,73 zł netto.

2) Uwagi dotyczące oferty cenowej w zakresie instalacji wewnętrznych sanitarnych:

a) przyjęte przez Oferenta ceny klap p.poż. dla kanałów wentylacyjnych wskazują że do kalkulacji przyjęto klapy odcinające z wyzwalaczem termoelektrycznym, ale bez siłowników elektrycznych wskazanych w specyfikacji technicznej 432-68 i 432-69. Ogólny koszt tych klap wg oferty 86 374,34 zł wg producenta (Mercor) 159 350,58 zł, co daje różnicę na poziomie 72 976,24 zł.

b) ceny wentylatorów podane przez Oferenta wynoszą 61 161,00 zł i są zaniżone w stosunku do cen rynkowych producentów oszacowanych przez biegłego na 116 131,00 zł

c) ceny tłumików wentylacyjnych podane przez Oferenta wynoszące 158 426,00 zł i są zaniżone w stosunku do cen rynkowych producentów oszacowanych przez biegłego na 312 700,00 zł

d) w kosztorysie ofertowym elementy izolacji kanałów wentylacyjnych wykazują

4

niedoszacowanie nawet 200%, a dodatkowo nie uwzględniono w nim kosztów wykonania kanałów samonośnych typu Promaduct na kwotę ok. 766 000,00 zł oraz izolacji kanałów płytami p. poż. np. Promaduct-500 na kwotę ok. 102 500,00 zł

e) ponad to oferta nie zawiera również kosztów materiałów armatury czerpalnej i przyborów sanitarnych (brak w przedmiarze inwestorskim), wg szacunku koszty związane z montażem tych przyborów kształtują się na poziomie 390 000,00 zł. Łączne niedoszacowanie kosztorysu Wykonawcy dla wewnętrznych instalacji sanitarnych wynosi 3 400 000,00 zł netto. Łączne niedoszacowanie kosztorysów Wykonawcy w zakresie branży sanitarnej wynosi 4 349 286,73 zł netto.

W zakresie kosztorysu ofertowego Wykonawcy instalacji elektrycznych wewnętrznych:

a) w instalacjach elektrycznych wewnętrznych zostały zaniżone ilości niezbędnych do wykonania przewodów i kabli na ilość 9 836,04 m. Są to kable niezbędne do wykonania WLZ na obiekcie wg projektu wykonawczego, co wykazuje załącznik nr 5 wymienionego projektu stanowiącego obliczenia dla doboru WLZ. Ponadto zostały zaniżone wartości cen kabli. Wartość kabli i przewodów kosztorysu oferenta wynosi 179 623,24 zł, natomiast wartość kabli i przewodów po cenach oferenta z uwzględnieniem brakującej ilości wynosi 571 008,71 zł. Rzeczywista wartość kabli i przewodów wg ofert rynkowych wynosi 842 779,55 zł, w związku z tym niedoszacowanie oferenta w kablach i przewodach wynosi 663 156,31 zł. Wartość robocizny związana z ułożeniem i zamontowaniem dodatkowej ilości kabli (9 836,04 m) wynosi dla różnicy materiału tj. kabli i przewodów c-a 130 000,00 zł. Tym samym niedoszacowanie kosztorysu Wykonawcy w zakresie ułożenia kabli i przewodów w instalacji elektrycznej wewnętrznej wynosi 793 156,31 zł netto.

Przy wyliczeniu niedoszacowania kosztorysu pominięto współczynnik KNR w wysokości 4% dodawany do długości kabli i przewodów z uwagi na technologię układania. W elemencie oświetlenia wewnętrznego po przeliczeniu oprav wg. projektu wykonawczego stwierdzono niedoszacowanie w ilości 257 szt. oprav. Ponadto stwierdzono niedoszacowanie wartości niektórych oprav biorąc pod uwagę wymagany typ oprawy i jej wartość rynkową. Wartość oprav w kosztorysie oferenta wynosi 809 137,35 zł. Wartość oprav w ilości wg projektu wykonawczego oraz wartości rynkowych wynosi 1 327 171,94 zł. Niedoszacowanie oprav w kosztorysie oferenta wynosi 518 034,59 zł. Uwzględniając robocizną dla brakujących ilości oprav c-a 5 000,00 zł. Całkowite niedoszacowanie w instalacji oświetlenia wewnętrznego wynosi 523 034,59 zł. W elemencie instalacji osprzętu kosztorysu na instalacje elektryczne wewnętrzne występuje zaniżenie w stosunku do projektu wykonawczego ilości koryt instalacyjnych w ilości 808 m. Niedoszacowanie wartości

tych elementów wg. cen oferenta wynosi 17 463,73 zł. Wartość robocizny montażu brakujących elementów wynosi c-a 9 000,00 zł. Razem niedoszacowana wartość elementu

5

instalacji osprzętu wynosi 26 463,73 zł. w kosztorysie dotyczącym instalacji teletechnicznych, Wykonawca niedoszacował instalacji BMS zarówno, w robociznie jak i materiałach oraz urządzeniach. Wartość instalacji oferenta wynosi 150 605,72 zł. Wartość tej instalacji wg cen rynkowych gwarantujących prawidłowe działanie systemu BMS dla danego obiektu wynosi c-a 565 300,00 zł. Wartość niedoszacowania w instalacjach teletechnicznych w kosztorysie Wykonawcy wynosi zatem 414 694,28 zł. w kosztorysie zawierającym wycenę oświetlenia zewnętrznego, zostały głównie zaniżone wartości opraw i słupów. Wartość 'słupów z oprawą' w kosztorysie Wykonawcy nie zawiera wartości oprawy ze źródłem, co zaniża znacząco wartość słupów. Wartość tych elementów wg cen rynkowych wynosi 481 454,70 zł., natomiast w kosztorysie Wykonawcy ujęto kwotę 193 980,82 zł. Niedoszacowanie tego elementu w instalacji oświetlenia zewnętrznego wynosi 287 473,88 zł. Ogółem elementy instalacji elektrycznych wewnętrznych zostały w kosztorysie Wykonawcy niedoszacowane na wartość 2 044 822,79 zł. netto. Ocena złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień, jak i przedłożonych kosztorysów pozwala uznać, iż Komasa Development Sp. z o.o. S.K.A. nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Uznanie ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia wynika, z faktu nieuwzględnienia w przedłożonych kosztorysach pełnego zakresu zamówienia jak również istotnego zniżenia poszczególnych pozycji kosztorysowych. W świetle poczynionych ustaleń nie sposób jest obiektywnie przyjąć, iż możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę. Istniały zatem silne przesłanki do uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, w zw. z czym zaistniała podstawa odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Ponadto, Zamawiający wykluczył ww. Wykonawcę na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp. Na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia m.in. zobowiązań z art. 26 ust. 2b Pzp - załącznik nr 6 do SIWZ zgodnie z wymogami cz. 6 pkt. 9 ppkt 7 SIWZ, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i opisanych w cz. 5 pkt. 2 ppkt 1 SIWZ. Zgodnie z dyspozycją wyrażoną w art. 26 ust. 3 Pzp złożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty i oświadczenia powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W terminie składania ofert Wykonawca przedłożył do oferty zobowiązania innych podmiotów, o których mowa w z art. 26 ust. 2b Pzp. Treść zobowiązań wykazała jedynie doświadczenie Użyczących w wykonaniu inwestycji lub referencje, co zostało już potwierdzone w wykazie robót i w referencjach. Takie potwierdzenie samo w sobie jest Zamawiającemu nieprzydatne, bo faktycznie zostaje mu użyczony dokument (referencje) bądź informacja, że wykonano dany obiekt. Nie wykazano natomiast, czy Użyczący będą brali udział w wykonywaniu zamówienia, ani w jakim jego zakresie, co stanowi gwarancję posiadania wiedzy

6

i doświadczenia niezbędnych do należytego wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Powyższe dokumenty, w zakresie żądanym przez Zamawiającego, zostały zatem złożone w całości nieprawidłowo skutkiem czego Wykonawca został zobowiązany do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 Pzp) Wykonawca przedłożył prawidłowe, co do treści, trzy oświadczenia Użyczących. Jednakże powyższe oświadczenia podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie są datowane na dzień 02.04.2012 r., a z treści ww. dokumentów również nie wynika, że Wykonawca spełnił wymagane warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Zasada równego traktowania wszystkich wykonawców wymaga m.in., aby złożone dokumenty, zarówno zobowiązania załączone do oferty, jak i przedstawione uzupełnienia, potwierdzały spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 12.01.2012 r. W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 Pzp w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W dniu 30.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) wpłynęło na podstawie

art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie KORNAS DEVELOPMENT Sp. z o.o. Sp. k.a. na ww. czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 27.04.2012 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez niezgodne z prawem wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty,
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, oraz o zasądzenie zwrotu kosztów postępowania.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, podnieść należy, co następuje: Zamawiający uznał, iż zachodzą przesłanki do wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty. Oceniając zaś złożone przez Odwołującego wyjaśnienia, uznał, iż złożona przez Odwołującego oferta zawiera rażąco

7

niską cenę. Z powyższym zarzutem Zamawiającego nie sposób się zgodzić.

Po pierwsze, cena oferty złożonej przez Odwołującego opiewa na kwotę 69 988 700,01 zł brutto, zaś szacunkowa wartość zamówienia (kwota przeznaczona przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia) wynosi 73 800 0000 zł. Z porównania powyższych wartości wynika, iż cena oferty Odwołującego stanowi 94,83 % szacunkowej wartości zamówienia, lub inaczej, jest niższa o około 5 % od ustalonej przez Zamawiającego szacunkowej wartości zamówienia. Po drugie, Zamawiający przyjął, iż ma do czynienia z rażąco niską ceną, zestawiając cenę oferty Odwołującego z cenami ofert innych wykonawców, przy czym wartość każdej z tych ofert przekracza szacunkową wartość zamówienia i kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Po trzecie, Zamawiający opiera swoją decyzję na analizie kosztorysów złożonych przez Odwołującego, które to kosztorysy (jak stwierdza sam zamawiający w rozstrzygnięciu przetargu) mają jedynie charakter pomocniczy. Odwołujący potwierdził, iż kalkulując cenę oferty uwzględnił obiektywne czynniki, w tym sprzyjające warunki zamówienia, dostępne dla Odwołującego, co pozwoliło mu zawrzeć w ofercie niższą cenę, a w szczególności:

- 1) widoczną tendencję zmniejszenia się ilości na rynku nowych inwestycji i związany z tym spadek cen ofertowych materiałów, sprzętu i robocizny. Firmy podwykonawcze mające określony potencjał techniczny i związane z tym koszty stałe, zmniejszyły oferowane przez nich ceny ofertowe o min. 20% (roboty ziemne, drogowe, kanalizacyjne, żelbetowe). Podobnie dostawcy materiałów proponują dodatkowe rabaty i upusty;
- 2) Odwołujący jest w dobrej kondycji finansowej i dając krótkie terminy płatności dla podwykonawców jest w stanie uzyskać dodatkowe rabaty;
- 3) Odwołujący w tym samym czasie ma realizować 2 podobne obiekty (Termy Warmińskie oraz Zespół Basenów Arkonka w Szczecinie) - prowadzenie w tym samym czasie łącznie 3 dużych inwestycji powoduje znacząco lepszą pozycję negocjacyjną z potencjalnymi podwykonawcami;
- 4) Odwołujący ma możliwość dotarcia i sprawdzenia cen bezpośrednio u dostawców i producentów i dla przykładu kable - otrzymaliśmy ofertę z upustami handlowymi od 70 do 78 % w stosunku do cen katalogowych.

Niezależnie od powyższego zauważył, iż z pewnością oszacowanie wartości zamówienia zostało dokonane przez Zamawiającego w sposób rzetelny, co oznacza, że oferta złożona przez Odwołującego zawiera cenę maksymalnie zbliżoną do oszacowania. Ma to tym większe znaczenie, iż w celu wytypowania ofert, które wymagają wyjaśnienia należy w pierwszej kolejności posługiwać się kryterium arytmetycznym. Punktem odniesienia może być tutaj w szczególności ustalana przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia (G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, CH Beck 2007, str. 466). Kluczowe jest wskazanie krytycznej różnicy pomiędzy ceną oferty a wartością

przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie arbitrażowym nie wykształcił się żaden jednolity standard. Można jedynie wskazać orzeczenia, w których cena była niższa: o 40% (wyrok ZA z 25.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-69/05), 30% (wyrok ZA z 21.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-48/05), 25%-30% (wyrok ZA z 13.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-656/05), 20% (wyrok ZA z 04.04.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/560/05), szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o VAT (A. Kurowska, M. Sarnowski, G. Wicik, P. Wiśniewski, Analiza wyroków sądów okręgowych oraz analiza orzeczeń zespołów arbitrów wydanych na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, UZP, W-wa 2006 r., str. 170). W praktyce podkreśla się, iż o podejrzeniu rażąco niskiej ceny można mówić, gdy cena oferty odbiega o 20% od wartości szacunkowej zamówienia. Skoro ceny wszystkich pozostałych ofert przekraczały szacunkową wartość zamówienia, prawidłowo ustaloną przez Zamawiającego, to nie ceny innych ofert, a szacunkowa wartość zamówienia może stanowić podstawę do oceny, czy zaproponowana cena jest rażąco niska. Jak wcześniej wskazano, cena ta różni się tylko o 5 % od wartości szacunkowej zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, podniósł, co następuje: Odwołujący przedstawił w swojej ofercie zobowiązania podmiotów trzecich o udostępnieniu mu ich zasobów na podstawie art. 26 ust. 2 b Pzp (strony: 103 - 119 oferty). Zamawiający - pismem z dnia 30.03.2012 r. - wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, m. in. (część I pkt 2 wezwania) do uzupełnienia zobowiązań z art. 26 ust. 2b Pzp (str. 103 - 107 oferty), albowiem w jego ocenie, z zobowiązań tych nie wynikało w jakim zakresie, tzn. w jaki sposób Odwołujący będzie korzystał z tych zasobów przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia - zgodnie z wymogami cz. 6 pkt 9 ppkt 7 SIWZ. W jego ocenie, Odwołujący winien załączyć zobowiązania Użyczącego, ze wskazaniem rodzaju udostępnianego przez Użyczącego zakresu, jaki będzie rzeczywiście wykonywał przy realizacji zamówienia oraz bezwzględnie i jednoznacznie udowodnić Zamawiającemu, że Użyczący będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Odwołujący, przy piśmie z dnia 04.04.2012 r., przedstawił oświadczenia:

- 1) Spółki ORAVING s.r.o. z siedzibą w Dolny Kubin,
- 2) POL - DRÓG Sp. z o. o. z siedzibą w Pile,
- 3) KORNAS DEVELOPMENTII Sp. z o. o. z siedzibą w Kołobrzegu - potwierdzające, że intencją złożenia zobowiązań w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp było udzielenie Odwołującemu - z chwilą uzyskania zamówienia w ramach postępowania - swojej wiedzy i doświadczenia zdobytego przy realizacji „referencyjnych” projektów, w formie konsultacji/doradztwa, uczestnictwa w czasie realizacji inwestycji w celu monitorowania prawidłowości przebiegu prac, przekazanie Odwołującemu informacji na temat dostawców materiałów i urządzeń spełniających wymagania jakościowe oraz dotyczące terminów realizacji zleceń,

ustanowienie stałego przedstawiciela udostępniającego pośredniczącego w przekazywaniu informacji pomiędzy stronami, etc. Na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w/w inwestycji. Dalej wskazano, że przez okres trwania w/w inwestycji Udostępniający pozostaje w pełnej dyspozycji Odwołującego, który będzie rozporządzał zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w przedmiotowym zakresie.

W rozstrzygnięciu przetargu Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zdaniem Zamawiającego: „W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 uPzp) Wykonawca przedłożył prawidłowe, co do treści, trzy oświadczenia Użyczących. Jednakże powyższe oświadczenia podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie datowane na dzień 02.04.2012r., z treści ww. dokumentów również nie wynika, że Wykonawca spełnił wymagane warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.”. Z powyższym zarzutem Zamawiającego nie sposób się zgodzić z następujących względów: W pierwszej kolejności należy przytoczyć treść postanowień SIWZ, które odnosiły się do kwestii korzystania przez wykonawców z potencjału i zasobów podmiotów trzecich. Kwestią tę reguluje Część 6 pkt 9 ppkt 7 SIWZ, zgodnie z którym: „Jeżeli wykonawca polega 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, dodatkowo przedstawi pisemne zobowiązanie (złożone na druku stanowiącym zol. nr 6 do SIWZ) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.". Przedłożone przez Odwołującego zobowiązania (zarówno te, złożone wraz z ofertą, jak i te złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.03.2012 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu) spełniają wymagania określone, przepisami Pzp. Odwołujący, co prawda przedłożył - na wezwanie Zamawiającego z dnia 30.03.2012 r. - zobowiązania do udostępnienia zasobów, nie znaczy to jednak, że złożone uprzednio wraz z ofertą zobowiązania, nie spełniały wymagań określonych przepisami Pzp. Odwołujący uczynił to bowiem z ostrożności. I tak, co do zobowiązań złożonych wraz z ofertą, Zamawiający - w informacji stanowiącej rozstrzygnięcie przetargu - stwierdza, że zobowiązania te nie spełniają wymagań określonych Pzp, ponieważ w treści tych zobowiązań: „nie wykazano natomiast, czy Użyczący będą brali udział w wykonywaniu zamówienia, ani w jakim zakresie [-]”. Takie stwierdzenie Zamawiającego uznać należy za nietrafne. I tak, z treści z zobowiązania do udostępnienia zasobów, przedstawionego w ofercie Odwołującego (każde z zobowiązań zostało złożone na formularzu ustalonym przez Zamawiającego w SIWZ - załącznik nr 6), wynika wprost i wyrażnie, że Użyczący (Spółka ORAVING s.r.o.) zobowiązuje się oddać Odwołującemu

10

do dyspozycji swoje zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, precyzując jednocześnie, iż będzie to dotyczyło posiadanej przez Użyczącego wiedzy i doświadczenia w zakresie wybudowania jednego obiektu typu kompleks basenowy o wartości min. 20 mln zł brutto - Aquarelax Dolny Kubin, Słowacja, I. etap zawierający halę, technologię basenową i kompletne wyposażenie wewnętrzne z wartością całkowitą w wysokości 10 090 951,13 EUR. Analogicznie rzecz się ma przy pozostałych zobowiązaniach o udostępnieniu zasobów. Punktem wyjścia do oceny, czy złożone przez wykonawcę zobowiązanie do udostępnienia zasobów spełnia wymagania, może być jedynie przepis art. 26 ust. 2b Pzp, który to przepis wskazuje, że wykonawca zobowiązany jest udowodnić, iż „będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w okresie korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.". Takie też zobowiązania zostały przez Odwołującego wykazane. Odnośnie, zaś oświadczeń do udostępnienia zasobów, złożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, zauważyć należy, iż oświadczenia te: a) po pierwsze, potwierdzają wcześniejsze zobowiązania podmiotów udostępniających swoje zasoby, b) po drugie, doprecyzowują (wskazują konkretnie), na czym będzie polegało korzystanie przez Odwołującego z ich zasobów, c) po trzecie, zostały złożone po wezwaniu do udostępnienia dokumentów (z tego względu zostały opatrzone datą 02.04.2012 r.), lecz treść tych zobowiązań o udostępnieniu zasobów, potwierdza skuteczność zobowiązań złożonych wraz ofertą, co wprost wynika z ich treści. Tym samym twierdzenie Zamawiającego, iż złożenie tych oświadczeń w dniu 02.04.2012 r. powoduje, iż nie spełniają one wymagań prawa zamówień publicznych, jest oczywiście nietrafne. Zauważył, iż w samej treści tych oświadczeń (z dnia 02.04.2012 r.) jest wyrażone wprost nawiązanie do złożonych wcześniej (w ofercie Odwołującego) zobowiązań o udostępnieniu zasobów („niniejszym oświadczam, iż intencją złożenia zobowiązań w trybie [...] było udzielenie wykonawcy Kornas [...] swojej wiedzy i doświadczenia [...]"). Przywołuje stanowisko doktryny i orzecznictwa, iż to nie data, którą opatrzone jest oświadczenie (w szczególności w odniesieniu do oświadczeń składanych w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów) jest miarodajna dla oceny, jakiego okresu dotyczy dane oświadczenie, lecz jego treść. Zatem, brak było uzasadnionych podstaw prawnych i faktycznych do formułowania przez Zamawiającego zarzutu, iż Odwołujący nie wykazał, iż spełnił - na dzień składania ofert - warunki udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Zamawiający w dniu 27.04.2012 r. wezwał (faxem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

11

W dniu 27.04.2012 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za skrzynki podawczej) pośrednictwem elektronicznej Zamawiający po stronie do przekazał przystąpienie postępowania odwoławczego Zamawiającego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 WROBIS SA. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 11.05.2012 r. (faxem, 14.05.2012 r. - wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu dopiero na rozprawie.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zamawiający wskazał, że w postępowaniu złożono 12 ofert, których ceny kształtowały się następująco :

Kornas Development Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna ul. Św. Wojciecha 68 988 700,01 zł
10, 78-100 Kołobrzeg ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Spółka Komandytowa Jacewo 76, 80 933 826,57 zł
88-100 Inowrocław F Wrocławskie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Nr 2 „WROBIS” S.A. 84 747 000,00 zł
ul. Szewska 3, 50-053 Wrocław Mostostal Zabrze Holding S.A. - lider ul. Wolności 191,41-800 Zabrze 88 448 000,00 zł
EkoWodrol Sp. z o.o. - lider ul. Słowiańska 13, 75-846 Koszalin 94 908 575,13 zł
Budimex S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego Północ ul. M. Gomułki 2, 99 151 657,16 zł
80-279 Gdańsk Aldesa Construcciones S.A. Bahia de Pollensa 13 28042 Madrid Hiszpania Fax. 102 040 800,00 zł
Elektrobudowa S.A. ul. Abrahama 1 A 80-307 Gdańsk 105 127 500,00 zł
Energopol - Szczecin” S.A. - lider ul. Św. Floriana 9/13, 70-646 Szczecin 108 375 020,59 zł
Eiffage Budownictwo MITEX S.A. ul. Postępu 5a, 02-676 Warszawa 109 987 000,00 zł
Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk 119 850 000,00 zł
Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A 02-342 Warszawa 127 412 242,47 zł

Po przeanalizowaniu złożonych ofert. Zamawiający uznał, iż zaistniały przesłanki faktyczne i prawne do wezwania wykonawcy Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, zgodnie z art.90 ust. 1 Pzp. Tylko oferta tego wykonawcy była niższa od szacunkowej wartości zamówienia, ponadto odbiegała od pozostałych ofert w sposób znaczący. Cena podana przez drugiego wykonawcę wynosiła 80 933 826,57 zł i była wyższa od ceny Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A o 17 %, natomiast cena podana przez trzeciego wykonawcę (którego oferta ostatecznie została uznana za najkorzystniejszą) wynosiła 84.747.000,00 zł i jest wyższa od ceny Odwołującego o 23 %. Kolejne oferty cechują się dużym zróżnicowaniem. Ceny w nich zaoferowane są wyższe od ceny oferowanej przez Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A od 28% do 85%. Istotną okolicznością jest, iż czynność wezwania wykonawcy Kornas Development Sp. z o.o. S.K.A do udzielenia wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty nie była kwestionowana

przez Odwołującego. W orzecznictwie przyjmuje się, iż uzasadnione wezwanie do złożenia wyjaśnień stwarza domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej, którego obalenie obciąża wykonawcę, do którego skierowano wezwanie (wyrok KIO z dnia 28.03.2012 r., sygn. akt: KIO 516/12). W udzielonej odpowiedzi (pismo Odwołującego z 30.01.2012 r.) Odwołujący poinformował, że jest renomowanym wykonawcą na rynku usług budowlanych, posiadającym zarówno doświadczenie, jak i potencjał wykonawczy, dzięki czemu właściwie ocenia ryzyka i koszty realizowanych inwestycji. Odnosząc się do elementów ceny oferty, wykonawca powołał się na spadek cen materiałów budowlanych na rynku oraz wskazał, iż ma możliwość nabywania materiałów po cenach wyjątkowo atrakcyjnych w związku z uzyskiwanymi rabatami. Wykonawca wskazał na współpracę z wieloma podwykonawcami na wyjątkowo korzystnych warunkach, powoływał się również na niskie koszty pracy z uwagi na teren, gdzie zlokalizowana jest jego siedziba, dostęp do kruszyw z własnej kopalni oraz rozbudowaną bazę sprzętową. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego, Zamawiający uznał, iż powyższe wyjaśnienia stanowią w rzeczywistości jedynie deklarację wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną kwotę. Wykonawca nie przedstawił natomiast żadnego dowodu na potwierdzenie swojego oświadczenia, ani w zakresie całej ceny, ani żadnego z jej elementów składowych (np. umowy z podwykonawcami, oferty zakupu towarów z istotnymi rabatami itp.). Wykonawca nie wskazał też innych czynników, w tym wskazanych przykładowo w art. 90 ust. 2 Pzp. Należy przy tym zaznaczyć, iż Wykonawca do swojego pisma załączył 14 kosztorysów ofertowych dotyczących poszczególnych branż: architektury i konstrukcji; instalacji sanitarnych wewnętrznych;

technologii basenu; instalacji elektrycznych wewnętrznych; instalacji teletechnicznych; instalacji sanitarnych wewnętrznych; stacji trafo; zagospodarowania terenu 8 %; zagospodarowania terenu 23 %; zagospodarowania terenu - dróg; instalacji elektrycznych zewnętrznych; instalacji oświetlenia zewnętrznych; instalacji oświetlenia zewnętrznego wyposażenie podstawowe 23 %; technologii fontanny oraz węzła cieplnego. Po sprawdzeniu powyższych kosztorysów przez biegłych powołanych przez Zamawiającego w trybie art.21 ust.4 Pzp, w oparciu o sporządzone opinie Zamawiający stwierdził, iż wykonawca nie uwzględnił w przedłożonych kosztorysach pełnego zakresu zamówienia, w efekcie czego Wykonawca nie doszacował kosztów zamówienia na łączną kwotę 12.470.275,02 zł. Szczegółowe wyliczenie w tym zakresie przedstawiono w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty. Ponadto zestawienie elementów nieuwzględnionych w wycenie wg kosztorysu Odwołującego obrazuje poniższa tabela.

13

ZESTAWIENIE ELEMENTÓW NIEUWZGLĘDNIONYCH W WYCENIE FIRMY KORNAS SP.Z O. O.

Branża Cena ofertowa Cena rynkowa Niedoszacowanie

Elektryczna 2 044 822,79

Kable i przewody WLZ 179 623,24 972 779,55 793 156,31 Oprawy oświetlenia wew. 809 137,35 1 332 171,94 523 034,59

Osprzęt inst. wew. 26 463,73 Inst. Teletechniczne 150 605,72 565 300,00 414 694,28

Oświetlenie zew. 193 980,82 481 454,70 287 473,88 **Sanitarna 4 349 286,73**

Sieci zewnętrzne 1 262 824,45 317 175,55 1 580 000,00

Sieci zewnętrzne odwodnienie R + S 400 000,00 0,00 400 000,00

Sieci zewnętrzne próby szczelności R + S 40 000,00 0,00 40 000,00

Sieci zewnętrzne wymiana gruntu 180 000,00 0,00 180 000,00

Węzeł cieplny 12 111,18 395 573,11 383 461,93

Instalacja wewnętrzna 3 400 000,00 9 494 426,90 6 094 426,90

Budowlana 6 076 165,50

Pokrycie dachu 3 500 000,00 4 954 618,97 1 454 618,97

Stal zbrojeniowa 933 349,50 2 397 996,88 1 464 647,38

Stropy żelbetowe 111 850,00

Stal konstrukcyjna 1 530 966,00

12 470 275,02 ŁĄCZNE NIEDOSZACOWANIE

Zaznaczył, że sporządzone przez Zamawiającego przedmiary robót, stanowiące podstawę sporządzenia kosztorysu i wyliczenia ceny przez Odwołującego, miały charakter jedynie pomocniczy. Zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Stosownie zatem do powyższej regulacji oraz postanowień części 12 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny oferty) Odwołujący zobowiązany był określić w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) ogółem cenę ryczałtową brutto dla całego zamówienia (z VAT) ustaloną w oparciu o otrzymany od Zamawiającego Projekt Budowlano-wykonawczy z wyłączeniem instalacji solarnej i instalacji wody na cele obrony cywilnej i przedmiary robót traktowane wyłącznie pomocniczo oraz zastosowaniu przyjętej przez siebie bazy cenowej do kosztorysowania. W związku z powyższym, skoro zaoferowana cena, wyliczona jedynie w oparciu o przedmiary robót, nie pokrywa kosztów realizacji zamówienia, musi być uznana za rażąco niską.

Zauważył, iż w odwołaniu z 27.04.2012 r. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował ustaleń poczynionych przez Zamawiającego w trakcie badania jego wyjaśnień, złożonych w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, w szczególności nie odniósł się do zarzutu, popartego opiniami biegłych, odnośnie nieuwzględnienia w przedłożonych kosztorysach pełnego zakresu zamówienia, jak również istotnego zaniżenia poszczególnych pozycji kosztorysowych. Odwołujący, jedynie w sposób bardzo ogólny, podobnie jak w piśmie z 30.01.2012 r., powołuje się na takie okoliczności jak: a) spadek na rynku cen ofertowych materiałów, sprzętu i robocizny, b) ogólna dobra sytuację finansową swojego

14

przedsiębiorstwa, która umożliwi płatność dostawcom w krótkich terminach i w związku z powyższym uzyskanie rabatów, c) realizowanie dwóch podobnych obiektów w tym samym czasie, d) możliwość zakupu towarów bezpośrednio u dostawców i producentów ze

znacznymi rabatami, np. kable z rabatem od 70 - 78% w stosunku do cen katalogowych. Zauważył, iż w dalszym ciągu Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich argumentów. Z treści odwołania wynika, iż punktem odniesienia dla Odwołującego jest szacunkowa wartość zamówienia i tylko na tej podstawie, iż jego cena odbiega od wartości szacunkowej jedynie o 5% Odwołujący wnosi, iż zaproponowana cena nie może zostać uznana za rażąco niską. Jest to rozumowanie błędne. Wartość szacunkowa zamówienia może być oczywiście jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, ale niekoniecznie najważniejszym i podstawowym. Dla konkretnego zamówienia rzeczywisty poziom cen rynkowych jest odzwierciedlony w sposób bardziej wiarygodny przez poziom cen zawartych w ofertach złożonych przez oferentów w tym konkretnym postępowaniu. Oferty dla danego zamówienia są bowiem kalkulowane w tym samym czasie, a więc w określonych warunkach gospodarczych, a na kalkulacje mają wpływ te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku, wobec tego są one właściwym punktem odniesienia do kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej. Przenosząc to na poziom cen zaproponowanych w przedmiotowym postępowaniu należy zauważyć, iż średnia cena złożonych 12 ofert wyniosła 99.164.193,49 zł i była wyższa od ceny Odwołującego o 44%. Niewiarygodne są zatem twierdzenia Odwołującego, iż obecna sytuacja na rynku zamówień publicznych w zakresie wykonawstwa robót budowlanych (spowodowana głównie zmniejszającą się liczbą inwestycji) umożliwia istotne zmniejszenie kosztów realizacji zamówienia. Dla tej konkretnej inwestycji, polegającej na budowie wysoko specjalistycznego obiektu, poziom cen zaproponowany przez 12 wykonawców wskazuje, iż szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego w oparciu o ceny z daty sporządzania dokumentacji kosztorysowo - projektowej, nie musi przystawać do cen aktualnych, których wyznacznikiem są ceny zaproponowane w postępowaniu przez wykonawców na dany dzień. Należy przy tym wskazać, iż Odwołujący miał możliwość wykazania, że zaoferował cenę realną, lecz nie przedstawił żadnej rzeczowej argumentacji, jak również jakichkolwiek dowodów uzasadniających wysokość ceny, poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych oświadczeń. W żaden też sposób Odwołujący nie odniósł się do wyliczeń Zamawiającego, obejmujących poszczególne pozycje przedstawionego kosztorysu. W świetle powyższych ustaleń nie sposób jest obiektywnie przyjąć, iż możliwe jest wykonanie całości przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, niepokrywającą wydatków związanych z realizacją zamówienia przez Odwołującego. Istniały zatem przesłanki do uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp, w zw. z czym zaistniała podstawa odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Również

15

wniesione przez Kornas Development Sp. z o.o. Spółka Komandytowo Akcyjna odwołanie nie daje podstaw do zmiany stanowiska Zamawiającego, w związku z czym należy uznać odwołanie za bezpodstawne.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez niezgodne z prawem wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty, Odwołujący wskazał, iż przedłożył na wezwanie Zamawiającego z 30.03.2012 r. żądane zobowiązania do udostępniania zasobów, jednakże uczynił to z ostrożności, gdyż już pierwotnie złożone zobowiązania odpowiadały Pzp. Natomiast oświadczenia złożone w wyniku żądania Zamawiającego: a) potwierdzały wcześniejsze zobowiązania podmiotów, doprecyzowały na czym będzie polegało korzystanie przez Odwołującego z ich zasobów, zostały opatrzone datą 02.04.2012, jednak ich treść potwierdza skuteczność złożonych zobowiązań złożonych wraz z ofertą, co wynika z ich treści. Zamawiający nie zgodził się z powyższymi zarzutami Odwołującego. W Części 6 pkt 9 ppkt 7 SIWZ Zamawiający podał, iż jeżeli wykonawca polega 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, dodatkowo przedstawi pisemne zobowiązanie (złożone na druku stanowiącym zał. nr 6 do SIWZ) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Art. 26 ust. 2b Pzp stanowi, iż 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 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. Oferta Odwołującego zawiera na kartach 103 - 112 pisemne zobowiązania osób trzecich do oddania oferentowi do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia pod nazwą „Budowa kompleksu wodno - rekreacyjnego w Koszalinie”. Biorąc pod uwagę treść powyższych oświadczeń Zamawiający stoi na stanowisku, iż zobowiązany był zażądać od Odwołującego dodatkowego udowodnienia (wykazania), że będzie on dysponował stosownym potencjałem przy realizacji zamówienia. Zamawiający jest bowiem nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do oceny, czy na podstawie złożonych przez wykonawców zobowiązań (lub innych odpowiednich dokumentów) nastąpiło udowodnienie dysponowania wymienionym w tym dokumencie zasobem. Należy powołać się na treść opinii prawnej opublikowanej przez Urząd Zamówień Publicznych na stronie internetowej:
<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1539>: „(...) gdy wykonawca wykazując spełnianie

16

warunków udziału w postępowaniu odwołuje się do potencjału podmiotów trzecich zobowiązany jest wykazać, iż będzie dysponował zasobami tego podmiotu niezbędnymi do realizacji zamówienia. Obowiązek ten wynika bezpośrednio z ustawy i nie jest wymagane w tym zakresie wyrażenie woli zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub siwz. Odwoływanie się do potencjału podmiotów trzecich jest uprawnieniem wykonawcy przy czym skorzystanie z tego uprawnienia łączy się z obowiązkiem udowodnienia, iż takim potencjałem będzie on dysponował. Ważne jednak podkreślenia jest, iż ustawowy obowiązek wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem podmiotów trzecich dotyczy tylko tych warunków, których wykazanie spełnienia jest wymagane od wykonawców, a więc co do zasady warunków, które są opisane przez zamawiającego i dla których żąda on złożenia stosownych dokumentów". Cenne uwagi praktyczne przynosi również w omawianym zakresie orzecznictwo KIO. Przywołał wyrok z dnia 09.11.2010 r. sygn. akt: KIO 2359/10 wskazano, iż „zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu - wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. Jeżeli zatem przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2 b są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter tego zasobu, w tym okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. W sytuacji, kiedy przedmiot oddania stanowią zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien dodatkowo zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca bądź na innej jeszcze podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem." Treść zobowiązań złożonych przez Odwołującego wraz z ofertą wykazała jedynie doświadczenie Użyczących w wykonaniu inwestycji lub referencje, co zostało już potwierdzone w wykazie robót i w referencjach. Takie potwierdzenie samo w sobie było Zamawiającemu nieprzydatne. Nie wykazano bowiem, czy Użyczący będą braли udział w wykonywaniu

17

zamówienia ani w jakim jego zakresie, co stanowi gwarancję posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do należytego wykonania zamówienia przez Wykonawcę. Nie sposób zatem zgodzić się z Odwołującym, iż złożone oświadczenia były prawidłowe już w pierwotnej wersji, przekazanej Zamawiającemu jako składnik oferty. Powyższe dokumenty, w zakresie żądanym przez Zamawiającego, zostały w jego ocenie złożone w całości

nieprawidłowo skutkiem czego Wykonawca został zobowiązany do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 uPzp) Wykonawca przedłożył trzy oświadczenia Użyczących tj. Spółki ORAVING s.r.o., POL-DRÓG PŁA Sp. z o.o. i KORNAS DEVELOPMENT II Sp. z o.o. Jednakże powyższe oświadczenia podmiotów udostępniających wiedzę i doświadczenie są datowane na dzień 02.04.2012 r. Co prawda sama data wystawienia oświadczeń nie jest decydująca, jednakże z treści ww. dokumentów również nie wynika w ocenie Zamawiającego, że Wykonawca spełnił wymagane warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z postanowieniami SIWZ, w tym w szczególności Formularzem Ofertowym – zał. 1, Wykazem wykonanych robót – zał. 4, zał. 6, wzorem umowy – zał. 8, jak i zał. 9 i 10, ofertą Odwołującego, protokołem postępowania zawierającym wartość zamówienia, zestawieniem złożonych ofert – informacją z otwarcia ofert w dniu 12.01.2012 r. wraz z kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wnioskiem o zwiększenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z dnia 12.04.2012 r., wezwaniem Zamawiającego – pismo z dnia 20.01.2012 r., wyjaśnieniami Odwołującego z dnia 30.01.2012 r., wezwaniem Zamawiającego – pismo z dnia 30.03.2012 r., uzupełnieniem na wezwanie – pismo z dnia 04.04.2012 r., opinia prawną sporządzoną dla Zamawiającego z dnia 12.04.2012 r., opiniami biegłych powołanych przez Zamawiającego (p. tech. elektryka Eugeniusza Sinkiewicza, inspektora nadzoru inż. Roberta Kuranta, projektanta mgr inż. Anny Chwalisz oraz właściciela Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych, p. mgr inż. Andrzeja Trędowskiego), informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołaniem, przystąpieniem, odpowiedzią na odwołanie, złożonymi na rozprawie przez Odwołującego kopiami ofert firmy: VIDIA Firma Elektryczna oraz POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o., nadto złożonymi na rozprawie przez Zamawiającego kopiami ofert firmy: KONDREW, FHU – Budownictwo KREST P. Kubacka, M. Kubacka, jak i złożonymi na rozprawie przez Przystępującego kopiami ofert firmy: Elektro-BUD Sp. z o.o., Keller Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo produkcyjno Handlowo Usługowe CKW - Instalacje Sp. z o.o., OPAL Wrocław Sp. z o.o., po wysłuchaniu oświadczeń, jak

18

i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów. Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów (biorąc pod uwagę jej najkorzystniejszy charakter), ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem o sygn. akt: KIO 867/12, postanowień SIWZ, w tym w szczególności Formularza Ofertowego – zał. 1, Wykazu wykonanych robót – zał. 4, zał. 6, wzoru umowy – zał. 8, jak i zał. 9 i 10, oferty Odwołującego, protokołu postępowania zawierającego wartość zamówienia, zestawienia złożonych ofert – informacji z otwarcia ofert w dniu 12.01.2012 r. wraz z kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, wniosku o zwiększenie kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z dnia 12.04.2012 r., wezwania Zamawiającego – pismo z dnia 20.01.2012 r., wyjaśnień Odwołującego z dnia 30.01.2012 r., wezwania Zamawiającego – pismo z dnia 30.03.2012 r., uzupełnienia na wezwanie – pismo z dnia 04.04.2012 r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie, ze złożonych na rozprawie przez Odwołującego kopii ofert firmy: VIDIA Firma Elektryczna oraz POL-DRÓG Gdańsk Sp. z o.o., nadto złożonych na rozprawie

przez Przystępującego kopii ofert firmy: Keller Polska Sp. z o.o. oraz OPAL Wrocław Sp. z o.o.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Izba nie uznała, jako dowodu w sprawie złożonych na rozprawie przez Zamawiającego kopii ofert firmy: KONDREW, FHU – Budownictwo KREST P. Kubacka, M. Kubacka, złożonych na rozprawie przez Przystępującego kopii ofert firmy Elektro-BUD Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe CKW - Instalacje Sp. z o.o. W każdym z wymienionych wypadków przedłożone kopie ofert nie zostały przez nikogo podpisane (są wydrukami), zaś odnośnie kopii oferty FHU – Budownictwo KREST oprócz braku jakiegokolwiek podpisu jej treść wymienia jedynie jednego ze współwłaścicieli.

19

Nadto, Izba nie uznała, jako dowodu w sprawie opinii prawnej sporządzonej dla Zamawiającego z dnia 12.04.2012 r., opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego (p. tech. elektryka Eugeniusza Sinkiewicza, inspektora nadzoru inż. Roberta Kuranta, projektanta mgr inż. Anny Chwalisz oraz właściciela Przedsiębiorstwa Usług Specjalistycznych, p. mgr inż. Andrzeja Trędowskiego).

Odnośnie opinii prawnej, Izba wskazuje, że nie jest związane tego rodzaju opinią, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stanu rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.2 Pzp). Nadto, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp).

Względem opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego, należy wskazać, że po pierwsze, odnośnie opinii sporządzonej przez p. tech. elektryka Eugeniusza Sinkiewicza, Izba ma wątpliwość co do formalnego powołania tej osoby, jako biegłego, treść oceny tej osoby w żaden sposób nie odwołuje się do formalnej podstawy powołania, powyższe odbiega od treści pozostałych opinii, które każdorazowo przywołują stosowną podstawę. Na kopii dokumentu udostępnionego Izbie nie widnieje także data wpływu do Zamawiającego (w odróżnieniu od pozostałych opinii). Izba oświadczenie złożone w tym zakresie przez Zamawiającego złożone na rozprawie uznaje za niewystarczające. Odnośnie pozostałych trzech opinii, Izba wskazuje, że nie dotyczą one (tak jak i pierwsza mająca wadliwość natury formalnej) całej ceny zaoferowanej przez Odwołującego, lecz ich wycinków (pewnych branż). Z tych względów, choć nie tylko (inne okoliczności w dalszej części uzasadnienia) nie mogą być miarodajnym dowodem względem rażąco niskiego charakteru zaoferowanej ceny. Należy także wskazać, że opinia tak inspektora nadzoru inż. Roberta Kuranta, jak i projektanta mgr inż. Anny Chwalisz wymienia także elementy analizowanych branż, które są w ocenie autorów zgodne ze stawkami obowiązującymi na rynku, kwestionowane są jedynie pewne części analizowanych branż, nie zaś cała branża, tj. wszystkie pozycje. Zaś opinia p. mgr inż. Andrzeja Trędowskiego (również odnosząca się jedynie do pewnego wycinka ceny – technologii basenowej i fontann) stwierdza nawet, że w tym zakresie zaoferowane ceny są możliwe do uzyskania.

Wniosek powołanie dowodu z opinii biegłego lub biegłych (na podstawie art. 190 ust. 3 i 4 Pzp) z zakresu robót ogólnobudowlanych, sanitarnych i technologii basenowych oraz elektrycznych, zgłoszony przez Przystępującego, a poparty przez Zamawiającego na okoliczność, iż w cenie zaoferowanej przez Odwołującego nie można wykonać zamówienia określonego projektem budowlanym i wykonawczym, Izba oddaliła z mocy art. 190 ust. 7 Pzp, z następujących względów. Po pierwsze, Izba wskazuje, że niniejszy wniosek został sformułowany w powiązaniu z opiniami biegłych powołanych przez Zamawiającego celem ich

20

uwiarygodnienia. Jednakże, Izba ponawia stanowisko wyrażone przy zanegowaniu mocy dowodowej niniejszych opinii, że dotyczą one pewnych wycinków cen branż i nie odnoszą się do całości ceny zaoferowanej przez Odwołującego. W konsekwencji nie mogą one być uznane za wiarygodne w zakresie dowodu na okoliczność uznania całej ceny Odwołującego, jako rażąco niskiej. Po drugie, Izba jednoznacznie wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, Odwołujący zobowiązał się w ramach oferty do realizacji całego zamówienia za zaoferowaną ryczałtową cenę, w konsekwencji ewentualne braki w kosztorysie ofertowym

przedłożonym na wyraźne wezwanie Zamawiającego nie mają znaczenia na etapie tak realizacji zamówienia, jak i dla oceny kwestii zasadności zarzutu ceny rażąco niskiej (w tym zakresie Izba odnie się także w dalszej części), albowiem i tak Wykonawca musi zrealizować w ramach zaoferowanej ceny całość przedmiotu zamówienia zgodnie ze wszystkimi wymaganiami Zamawiającego, ani kosztorys ofertowy (jego braki), ani kosztorys złożony w dacie podpisania umowy wraz z harmonogramem (abstrahując od kwestii, czy będzie to ten sam, czy też inny) nie mogą być podstawą podwyższenia wynagrodzenia Wykonawcy (dotyczy to tak całej oferty, jak i cen za poszczególne branże). Po trzecie, Izba nie widzi konieczności powoływania jednego, czy też kilku biegłych rzeczoznawców, którzy będą dokonywać analizy na podstawie uśrednionych cen SEKOCENBUDU (niniejsze czynili między innymi biegli powołani przez Zamawiającego), oddzielnie kilku branż, czy też w oderwaniu od wyjaśnień Odwołującego (co także *de facto* czynili biegli powołani przez Zamawiającego opierając się jedynie na kosztorysie i nie popierając analizy rynku żadnymi ofertami). Nie znając bowiem ściśle listy dostawców materiałów Odwołującego, jak i wszystkich podwykonawców (między innymi z uwagi na wadliwy, sugerujący charakter wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 Pzp) nie byłoby w stanie miarodajnie zweryfikować całości zaoferowanej ceny. Nadto, należałoby odnieść analizę tego rodzaju raczej nie do kosztorysu, ale analizy o charakterze ekonomicznym uwzględniającym lokalną sytuację na danym rynku i w powiązaniu do podobnego rodzaju zamówień, które *nota bene* realizuje Odwołujący.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, Izba uznała, że ww. zarzut został potwierdzony.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający ustalił wartość szacunkową w dniu 27.06.2011 r. na wartość

21

59.096.785,00 PLN netto (protokół postępowania), jednocześnie zgodnie z informacją z dnia otwarcia ofert (12.01.2012 r.) Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 73.800.000,00 PLN brutto (zestawienia złożonych ofert – informacji z otwarcia ofert w dniu 12.01.2012 r. wraz z kwotą, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia). W ramach postępowania złożone 12 ofert, oferta Odwołującego wynosiła 68.988.700,01 PLN brutto, ceny pozostałych Wykonawców przekraczały kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W ramach wniosku z dnia 12.04.2012 r. Komisja Przetargowa zwróciła się o zwiększenie kwoty na realizację przedmiotowego zamówienia do kwoty: 84.747.000,00 PLN brutto. Powyższe zwiększenie wynikało z faktu, że na niniejszą kwotę opiewała oferta Przystępującego, która została ostatecznie wybrana, inna oferta opiewająca na kwotę 80.933.826, 57 PLN brutto została wykluczona (Pełna lista zaoferowanych cen w odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego).

Zamawiający zgodnie z cz. 12 SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny oferty. Informacje dotyczące walut obcych w jakich mogą być prowadzone rozliczenia pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą stwierdził, że: „Wykonawca określi w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) ogółem cenę ryczałtową brutto dla całego zamówienia (z VAT) ustaloną w oparciu o otrzymany od Zamawiającego Projekt Budowlano-wykonawczy z wyłączeniem instalacji solarnej i instalacji wody na cele obrony cywilnej i przedmiary robót traktowane wyłącznie pomocniczo oraz zastosowaniu przyjętej przez siebie bazy cenowej do kosztorysowania” (pkt 1); „Cena musi zawierać wszystkie, niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia (w tym koszty: opłat administracyjnych niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, wszelkich ubezpieczeń, robót przygotowawczych, zagospodarowania i dozoru placu budowy, utrzymania zaplecza budowy, rozruchu technologicznego obiektu, wykonania instrukcji eksploatacji kompleksu wodno-rekreacyjnego, instalacji i urządzeń, przygotowania dokumentacji odbiorowej i powykonawczej, dokumentów niezbędnych do uzyskania decyzji o pozwoleniu na użytkowanie oraz rozliczenia końcowego budowy, zużycia energii i wody itp. i inne koszty niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy do których WYKONAWCA jest zobowiązany na podstawie

obowiązujących przepisów prawa i załączonego wzoru umowy.) i ewentualne upusty proponowane przez wykonawcę (nie dopuszczalne są żadne negocjacje cenowe).” (pkt 2); „Wynagrodzenie określone w Formularzu oferty nie będzie podlegać waloryzacji.” (pkt 4).

Nadto, w ramach wzoru umowy (zał. 8 do SIWZ) zawarł w § 16 następujące postanowienia: „Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy ZAMAWIAJĄCY zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe brutto w kwocie (...)”. (ust. 1); „Wynagrodzenie za wykonane roboty będzie wypłacane w oparciu o Harmonogram Robót i Płatności, sporządzony przez WYKONAWCĘ i zatwierdzony przez INŻYNIERA.” (ust. 2); „Wynagrodzenie ryczałtowe,

22

o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, nawet jeśli nie zostały wprost wyszczególnione w treści niniejszej Umowy. W szczególności wynagrodzenie uwzględnia ryzyko WKONAWCY z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją zadania, w tym wynikających z warunków gruntowo - wodnych oraz koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, dostaw mediów, sporządzenia planu BIOZ, utrzymania zaplecza budowy oraz innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. WYKONAWCA mając możliwość uprzedniego ustalenia wszystkich warunków technicznych związanych z realizacją Umowy, nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia z powodu niedoszacowania, pominięcia czy braku rozpoznania zakresu przedmiotu umowy.” (ust. 8).

Zamawiający pismem z dnia 20.02.2012 r. zwrócił się w trybie art. 90 ust.1 Pzp: „(...) o wyjaśnienie dotyczące elementów mających wpływ na cenę. Wyjaśnienie to w formie pełnego kosztorysu w rozbiciu na składniki cenotwórcze (R, M, S) należy złożyć w terminie do 31.01.2012 r. w siedzibie Zamawiającego”. W dniu 30.01.2012 r. Odwołujący przekazał stosowne wyjaśnienia w formie 14 kosztorysów ofertowych. Nadto, w ramach oddzielnego pisma wskazał na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak i obiektywne czynniki takie jak znaczne zmiany w poziomie oferowanych cen przez przedsiębiorców budowlanych z uwagi na sytuację ekonomiczną w gospodarce oraz wzrost konkurencyjności, doświadczenie w zakresie wykonawstwa robót budowlanych na rzecz jednostek administracji publicznej, renomę, współpracę w wieloma podwykonawcami, zrealizowanie podobnego rodzaju zamówień takich, jak – Budowa hali widowiskowo-sportowej w Kołobrzegu, Budowa Inspektoratu ZUS, Budowa kompleksów basenowo-sportowych w Człuchowie i Kołobrzegu, czy projekt „Wyspa Solna” w zakresie inwestycji niepublicznych, realizowanie aktualnie prac nad Budową hal widowiskowo-sportowych w Gryficach i Maszewie, Budową kompleksu basenowego Termy Warmińskie, spadek cen materiałów budowlanych oraz możliwość nabywania materiałów po cenach wyjątkowo atrakcyjnych w związku z uzyskanymi rabatami, duże przeroby wynikające ze skali działalności ułatwiające wynegocjowanie istotnych upustów w cenach materiałów budowlanych, dobrą organizację pracy, prowadzenie działalności gospodarczej na obszarze, gdzie wysokość kosztów pracowniczych jest co do zasady niższa, własna kopalnia kruszyw, rozbudowana baza sprzętowa, siedziba w bezpośredniej bliskości realizowanej inwestycji.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, należy wskazać, że tak jak Izba podnosiła w części uzasadnienia dotyczącej oddalenia wniosku o powołanie biegłego, Zamawiający ustalił ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jak i pomocniczy charakter przedmiarów robót. W konsekwencji przedłożone na wyraźne żądanie Zamawiającego (pismo z dnia 20.01.2012 r.) kosztorysy

23

ofertowe (14) nie mogą być wystarczającą i miarodajną podstawą do uznania, iż zaoferowana cena ma charakter rażąco niski. Podobnie nie można wywodzić z faktu braku określonych elementów przedmiaru robót (charakter pomocniczy), czy też przedmiotu zamówienia w tych kosztorysach, że nie zostanie zrealizowany za zaoferowaną cenę cały przedmiot zamówienia. Z charakteru przyjętego wynagrodzenia wynika, że Wykonawca całe ryzyko związane z przyjętą i zaoferowaną ceną ryczałtową „bierze na siebie”.

W konsekwencji przeprowadzona na tej podstawie weryfikacja przez Zamawiającego jest wadliwa. To Zamawiający narzucił Odwołującemu określoną formę wyjaśnień, w dużej mierze ograniczając jego działanie w tym zakresie. Odwołujący mógł uznać, że nie podporządkowanie się treści wezwania może mieć dla niego negatywne reperkusje.

Zasadnie można więc uznać, że same wezwanie w tym zakresie może budzić wątpliwości. W ocenie Izby, brak było w ogóle podstaw do samego wezwania, a oparcie podejrzenia zaistnienia ceny rażąco niskiej (domniemanie *praesumptio iuris*) wyłącznie na jednym czynniku, tj. wysokości zaoferowanych cen przez pozostałych Wykonawców, w oderwaniu od wartości szacunkowej i kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia jest niewystarczające. Izba wskazuje za orzecznictwem (np. wyrok KIO z dnia 14.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 794/08, czy też wyrok z dnia 04.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10, że o konieczności przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust.1 i 2 Pzp powinien decydować następujący wynik analizy złożonych ofert:

- 1) szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług przygotowana przez Zamawiającego jest znacznie wyższa niż zaoferowana przez wykonawcę.
- 2) porównanie z innymi złożonymi ofertami wskazuje znaczne różnice w wysokości cen,
- 3) wartość oferty znacznie odbiegająca od cen rynkowych.

W konsekwencji istotne jest wystąpienie więcej niż jednego z elementów powodujących wątpliwości, aby wszcząć procedurę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny.

W przedmiotowym stanie faktycznym wezwanie miało miejsce, mimo że różnica ceny ofertowej była niższa od kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na zrealizowanie zamówienia tylko o nieco ponad 5 %. Rodzi się pytanie, jak w takiej sytuacji traktować Zamawiających, którzy nie wszczynają procedury wyjaśniającej, gdy różnica ta sięga ponad 50% (stan faktyczny wynikający z uzasadnienia wyroku z dnia 10.05.2012 r., sygn. akt: KIO 830/12, sygn. akt: KIO 833/12). W tym miejscu należy stwierdzić za stanowiskiem orzecznictwa, że: „(...) brak jest wykształconego stanowiska, od jakiego progu różnicy pomiędzy ceną ofertową a szacunkiem Zamawiającego uzasadnione jest zwrócenie się do danego Wykonawcy o wyjaśnienie, czy zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Ostatecznie bowiem orzecznictwo uznało, że wszelkie wielkości procentowe mogą co najwyżej stanowić pewien punkt odniesienia, jednak to Zamawiający każdorazowo winien

24

podjąć decyzję czy takie wyjaśnienia są celowe. Dysponuje on bowiem szerokim zakresem uznania i każdy przypadek, w którym występuje podejrzenie zaniżenia ceny, należy traktować indywidualnie i badać, czy zaoferowana cena jest realna. Istnieje bowiem znaczna ilość czynników, które mogą w różny sposób oraz w dowolnej konfiguracji wpłynąć na możliwość uznania danej ceny za nie mającej znamion ceny rażąco niskiej. Praktyka w tym zakresie jest bardzo bogata i uzależniona od branży, sytuacji na konkretnym rynku w danym czasie, wielkości Wykonawcy, ilości kontraktów, parku maszynowego i innych czynników.” (wyrok z dnia 25.11. 2010 r., sygn. akt: KIO 2483/10). Przy czym, Izba wskazuje za wyrokiem SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku Wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z Wykonawców, jest rażąco niska, gdyż zależne jest od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Nadto, stwierdza się w niniejszym orzeczeniu, że podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny rażąco niskiej, a nie ceny niskiej.

Izba zauważa, że Zamawiający nie dokonał przeszacowania wartości szacunkowej zamówienia, jedynie wnioskował (Komisja Przetargowa) o zwiększenie kwoty, jaka zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, adekwatnie do ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

Odnosząc się po raz kolejny do kwestii opinii biegłych powołanych przez Zamawiającego, Izba ponawia swoje stanowisko, że odnosiły się one do pewnych wycinków cen branż i nie odnoszą się one do całości ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a tylko do całości ceny ofertowej można odnosić kwestie ceny rażąco niskiej. Nie jest to możliwe względem poszczególnych pozycji, czy też branż (adekwatnie do wcześniejszego stanowiska przedstawionego w niniejszym uzasadnieniu). Należy przywołać za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08). Oceniając tylko jeden element oferty, Zamawiający

nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie części oferty. Choćby zatem cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia

25

24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, stwierdzający, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez Wykonawcę. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, gdy Zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Jednocześnie nawet w takiej sytuacji należy uwzględniać wszystkie ceny jednostkowe, a nie koncentrować się jedynie na cenach wybranych. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym Wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkutowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia. W tym samym kierunku wypowiedział się w wyroku SO w Katowicach z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10 stwierdzając, że kryterium do ustalenia ceny rażąco niskiej nie są poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena za całość usługi będącej przedmiotem zamówienia.

W ocenie Izby opinie w dużej mierze opierały się na cenach SEKOCENBUDU i nie odnosiły się w stopniu wystarczającym do realnych cen istniejących na rynku. Nadto, tylko 1 z 4 opinii załączyła rezultaty przeprowadzonego rozeznania rynku (mająca *nota bene* braki natury formalnej). Izba ma także wątpliwości, czy rzetelnie wzięto pod uwagę okoliczności różnicujące pozycje Odwołującego na rynku wskazane w ramach przedłożonych wyjaśnień. W ocenie Izby, były one bagatelizowane przez Zamawiającego, który oparł się *de facto* na przedłożonych na wyraźne żądanie kosztorysach ofertowych. Podobnie, biegli powołani przez Zamawiającego skupili się na kosztorysach ofertowych, a nie na okolicznościach różnicujących sytuację Odwołującego na rynku. W konsekwencji ocena udzielonych wyjaśnień budzi uzasadnione wątpliwości, jednakże ich ponawianie z tej przyczyny (choćaby z uwagi na wadliwy charakter wezwania z dnia 20.01.2012 r.), w ocenie Izby, nie jest konieczne, gdyż biorąc pod uwagę cenę całej oferty Odwołującego, ryczałtowy charakter wynagrodzenia, wartość szacunkową zamówienia, jak i kwotę jaką zamierzał przeznaczyć Zamawiający na sfinansowanie zamówienia, czy też dowody przedłożone na rozprawie przez Odwołującego (Izba w tym zakresie uznała wyjątkowo dowody złożone na rozprawie - z uwagi na wadliwy charakter wezwania z dnia 20.01.2012 r.), zasadne jest uznanie, że zaoferowana cena ma charakter poważny (sformułowanie za wyrokiem ETS z dnia 29.03.2012 r., sygn. akt: C-599/10).

Izba dodatkowo wskazuje, że Zamawiający dopiero na rozprawie próbował realnie podważać wskazane w wyjaśnieniach okoliczności (zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp „Zamawiający ocenia wyjaśnienia biorąc pod uwagę obiektywne okoliczności (...)\”), jednakże jego stanowisko w tym zakresie było niewiarygodne. Izba wskazuje, że tak efekt skali, bliskie

26

położenie zaplecza materiałowego i sprzętowego (Zamawiający na rozprawie nie negował stanowiska Odwołującego wyrażonego w tym zakresie /kopalnia kruszywa w obrębie 50 km od miejsca realizacji zamówienia/), a nie siedziba danej firmy ma istotne znaczenie z punktu widzenia obecnych i przyszłych cen paliw. Każdy z Wykonawców ma własną bazę dostawców materiałów, czy też kruszyw, istnieje także kwestia przywołanego powyżej efektu skali (Zamawiający nie negował, iż Odwołujący realizuje zamówienia podobnego rodzaju, jedynie wskazywał, że czyni to poprzez podwykonawców oraz podmiotu trzecie, korzysta z ich doświadczenia), wysokich rabatów, czy też okresowego oferowania określonych cen na potrzeby konkretnego postępowania w ramach „walki konkurencyjnej”. Izba przywołuje, że zgodnie ze stanowiskiem doktryny: „(...) Nie można (...) postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską, a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Przejściowe oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia może być w konkretnej sytuacji podyktowane racjonalną strategią gospodarczą, w szczególności gdy dany wykonawca dopiero pojawia się

w danym segmencie rynku lub wprowadza nowy produkt. W przepisie chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla Wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, zaś dla zamawiającego – niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie. (...)” (G. Wicik, P. Wiśniewski: „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny”, C. H. Beck, W-wa 2007, str. 452-453). Kopie ofert firm przedłożone na rozprawie przez Przystępującego odnoszą się jedynie do jego dostawców i podwykonawców, świadczą co najwyżej o przyczynie różnicy cenowej między jego ofertą, a Odwołującego (w tym zakresie Izba odsyła do postanowień dotyczących dowodów przedłożonych przez Przystępującego oraz Zamawiającego odnośnie kopii ofert firm). Kopie ofert przedłożone przez Odwołującego na rozprawie nie abstrahowały od przedmiotu zamówienia wynikającego z postępowania Zamawiającego. lecz wskazywały z nazwy postępowanie Zamawiającego.

Inną kwestią, do której Izba odniesie się na marginesie, jest okoliczność tego rodzaju, że to Wykonawca ponosi wszelkie konsekwencje związane z realizacją zamówienia. Zaś, Zamawiający winien ze swej strony dopilnować, aby realizowanie zamówienia, było zgodne z oświadczeniem złożonym w formularzu ofertowym Odwołującego, za cenę wynikającą z oferty. Powyższe oświadczenie Odwołujący ponowił na rozprawie powołując się na treść swojej oferty, w tym zakresie. Wykonawca winien mieć także świadomość, że poniesie negatywne konsekwencje łącznie z zakazem ubiegania się o zamówienie w wypadku nienależytego wykonania kontraktu. Zasadne jest także stwierdzenie, że korzystanie podczas robót budowlanych z podwykonawców nie jest niezgodne z prawem. Zaś doświadczenie wykonawcy zdobyte i ugruntowane przy wykonywaniu robót odpowiadających swoim rodzajem robotom stanowiącym przedmiot zamówienia, jest niezależne od tego czy

27

wykonawca roboty referencyjne wykonywał w charakterze wykonawcy, podwykonawcy czy „głównego wykonawcy” (wyrok KIO z dnia 08.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 676/09). Nadto, po nowelizacji z dnia 05.11.2009 r. istnieje możliwość oparcia się na potencjale innych podmiotów, które nie były wykonawcą samodzielnie występującym lub wykonawcą występującym wspólnie. Podmiot, który udostępnia swój potencjał, nie jest związany stosunkiem prawnym z Zamawiającym – nie ma statusu wykonawcy w postępowaniu. (za wyrokiem SO w Warszawie z dnia 07.02.2011 r., sygn. akt: V Ca 3036/10).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego naruszenia 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez niezgodne z prawem wykluczenie z udziału w postępowaniu Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty, Izba uznała ww. zarzut za zasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń:

Zamawiający w cz. 5 SIWZ: „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” wskazał, że: „Wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego, nie później niż na dzień składania ofert, nie może podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 ustawy i zobowiązany jest spełnić warunki udziału w postępowaniu, opisane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ na podstawie art. 22 ust.1 Ustawy.” (pkt 1); „W zakresie warunków wskazanych w art. 22 ust.1 ustawy Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że: 1) wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie. min. trzy zamówienia, tj. min. jeden obiekt typu kompleks basenowy* o wartości min. 20 mln zł brutto oraz min. dwa obiekty, każdy o wartości min. 25 mln zł brutto, (...) *Kompleks basenowy - należy rozumieć jako zespół basenów wewnętrznych i zewnętrznych lub tylko wewnętrznych i tylko zewnętrznych. ” (pkt 2 ppkt 1); „Ocena spełniania ww. warunków dokonana zostanie na podstawie wymaganych oświadczeń i dokumentów wskazanych w części 6 SIWZ i załączonych do oferty przez Wykonawcę. Niespełnienie ww. warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę do odrzucenia oferty Wykonawcy, z zastrzeżeniem art. 26 ust.3 i 4 ustawy.” (pkt 5).

Zgodnie, zaś z cz. 6: „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” pkt 9 ppkt 2 SIWZ Zamawiający określił, że: „W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu opisanych w art. 22 ust. 1 ustawy Zamawiający żąda: (...) wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert,

i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, sporządzonego wg zał. nr 4 do SIWZ (...). Nadto, zastrzegł w pkt 9 ppkt 7 cz. 6, że: „Jeżeli wykonawca polega 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, dodatkowo przedstawi pisemne zobowiązanie (złożone na druku stanowiącym zał. nr 6 do SIWZ) tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”. Zgodnie z treścią załącznika nr 6 do SIWZ: „Ja, niżej podpisany (...) zobowiązuję się na rzecz (nazwa (firma) dokładny adres Wykonawcy/Wykonawców): (...) oddać do dyspozycji swoje zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia dotyczące:

1. posiadania wiedzy i doświadczenia* w zakresie: (...)
2. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia* w zakresie: (...)
3. sytuacji ekonomicznej i finansowej* w zakresie: (...)

(...) W przypadku oddania przez podmiot, o którym mowa w art. 26 ust. 2b uPzp), do dyspozycji Wykonawcy swoich zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia należy je wskazać i określić ich zakres. ”.

Odwolujący w ramach złożonej oferty przedłożył stosowny wykaz robót budowlanych wraz z referencjami (str. od 60 do 68 oferty), jednocześnie załączył na wymaganych drukach stanowiących zał. nr 6 do SIWZ (z jednym wyjątkiem dodatkowo – str. 107 oferty) zobowiązania w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp odnośnie wykazywanej wiedzy i doświadczenia podmiotów trzecich (str. od 103 do 107 oferty).

Pismem z dnia 30.03.2012 r. w ramach wezwania do uzupełnienia dokumentów – część I pkt 2 – odnośnie zobowiązań z art. 26 ust. 2 b Pzp, ze str. 103-107 oferty. Zamawiający stwierdził, że w pkt 1 zobowiązania Użyczący oddaje do dyspozycji Wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie, ale nie podaje – w jakim zakresie – tzn. w jaki sposób będzie Wykonawca z tych zasobów korzystał – przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia – zgodnie z wymogami cz. 6 pkt 9 ppkt 7 SIWZ oraz warunkiem cz. 5 pkt 2 ppkt 1 SIWZ. Użyczący wykazuje jedynie swoje doświadczenie w wykonaniu inwestycji, co zostało już potwierdzone w wykazie robót i w referencjach. Takie potwierdzenie samo w sobie jest wykonawcy nieprzydatne, bo faktycznie zostaje mu użyczony jedynie dokument. Wykonawca winien załączyć zobowiązania Użyczącego, ze wskazaniem rodzaju udostępnionego przez Użyczącego zakresu (np. doradztwa, wykonania basenów), jaki będzie rzeczywiście wykonywał przy realizacji zamówienia oraz bezwzględnie i jednoznacznie udowodnić Zamawiającemu, że Użyczący – będzie uczestniczył – w realizacji zamówienia (np. za pomocą: oświadczeń, zawartych między stronami umów,

listów intencyjnych lub innych alternatywnych dowodów).

W ramach uzupełnienia z dnia 04.04.2012 r. Odwołujący przedłożył m.in. oświadczenia użyczącego dotyczące udostępnienia wiedzy i doświadczenia ze wskazaniem rodzaju oraz zakresu udostępnienia jako uzupełnienie do zobowiązań w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp. Złożył Oświadczenie Spółki ORAVING s.r.o., POL-DRÓG Sp. z o.o., jak i KORNAS DEVELOPMENT II Sp. z o.o. Sp. k.a. z dnia 02.04.2012 r. Zgodnie z treścią każdego z nich wskazano każdorazowo: „niniejszym oświadczam, iż intencją złożenia zobowiązań w trybie (...) było udzielenie wykonawcy (...) swojej wiedzy i doświadczenia (...)”, „(...) w formie konsultacji/doradztwa, uczestnictwo w czasie realizacji inwestycji w celu monitorowania prawidłowości przebiegu prac, przekazanie (...) informacji na temat dostawców materiałów i urządzeń spełniających wymagania jakościowe oraz dotyczące terminów realizacji zleceń, ustanowienie stałego przedstawiciela udostępniającego pośredniczącego w przekazywaniu informacji pomiędzy stronami na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia w/w inwestycji”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie drugiego zarzutu, Izba uznaje stanowisko Zamawiającego przedstawione

na rozprawie za całkowicie błędne. Abstrahując bowiem od faktu, że pierwotne zobowiązania były dokładnym odzwierciedleniem treści art. 26 ust.2 b Pzp, zaś samo zobowiązanie jest wskazane w art. 26 ust. 2 b Pzp, jako dowód na potwierdzenie udostępnienia stosownych zasobów przez podmioty trzecie należy wskazać, że uzupełnienie dokumentów (zobowiązań) przez Odwołującego w zakresie spornych zobowiązań było prawidłowe. Z ich literalnej treści wskazanej w ustaleniach faktycznych dotyczących niniejszego zarzutu wynika wprost postulowany zakres i forma udziału podmiotów używających. Nadto, z ich treści wynika, potwierdzają one istnienie niniejszych zobowiązań w terminie składania ofert, łącznie z brakiem, który został w wyniku zastosowania trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp uzupełniony. Nie można negować treści zobowiązań, abstrahując od instytucji wynikającej z art. 26 ust.3 Pzp oraz z faktu, że potwierdzają one wszystkie wymagane przez Zamawiającego okoliczności na termin składania ofert. Zamawiający wydaje się, że z dużą dozą złej woli dokonuje wykładni ich treści – ignorując przywołane przez Izbę literalne postanowienia oraz fakt, że to nie data wystawienia danego dokumentu jest najważniejsza w ramach uzupełnienia, ale to czy jego treść potwierdza istnienie określonego zobowiązania, jak w tym wypadku, w terminie składania ofert.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

30

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczanej przez w/w rozporządzenie (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....

31