

Sygn. akt: KIO 1608/15

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2015 r. przez wykonawcę **NAFIBUD S.A., ul. Tadeusza Kościuszki 10/7, 17-100 Bielsk Podlaski** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Bydgoszcz, ul. Jezuicka 1, 85-102 Bydgoszcz,**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **NAFIBUD S.A., ul. Tadeusza Kościuszki 10/7, 17-100 Bielsk Podlaski** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **NAFIBUD S.A., ul. Tadeusza Kościuszki 10/7, 17-100 Bielsk Podlaski** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie prowadzone jest przez Zamawiającego – Miasto Bydgoszcz na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [ustawa Pzp), w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Wykonanie robót budowlanych związanych z rozbudową, przebudową i zmianą sposobu użytkowania budynku zlokalizowanego w Bydgoszczy przy ul. Techników 2”. Odwołujący - NAFIBUD S.A. z Bielska Podlaskiego zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, z uwagi na zaniechanie zastosowania właściwego badania oferty i dokumentów złożonych przez Odwołującego i niezastosowania wszelkich procedur przewidzianych w PZP w celu wyjaśnienia wszelkich wątpliwości i niejasności związanych z przedłożonymi przez Odwołującego referencjami;
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp z uwagi na zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, w sytuacji, gdy według Zamawiającego przedłożone przez Odwołującego dokumenty (referencje) nie spełniały wymogów określonych w SIWZ;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z uwagi na bezprawne wykluczenie Odwołującego w wyniku niezgodnego z prawem zaniechania dokonania czynności wynikających z przepisu art. 26 ust. 4 Pzp
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia podczas gdy różnica w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego, a kolejną ofertą wynosiła zaledwie 1,45 %, a w stosunku do środków posiadanych przez Inwestora 2,03 %.

Wskazując na powyższe wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z tego postępowania i wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej trakcie nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zgodnych z postanowieniami przepisu 26 ust. 4 oraz art. 90 ust. 1 Pzp tj. wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonych referencji i rażąco niskiej ceny, a także dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu i zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego na które składają się koszty poniesiony z tytułu wpisu. Odwołujący stwierdził, że posiada interes do wniesienia odwołania, albowiem Zamawiający dokonał badania oferty i złożonych dokumentów z naruszeniem przepisów Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do wykluczenia Odwołującego i uniemożliwiło wybór jego oferty, jako najkorzystniejszej, podczas gdy - jego zdaniem - wykazał, że jest zdolny do wykonania zamówienia objętego postępowaniem, a zaniechanie i nieuprawnione działanie Zamawiającego, pozbawiło

wykonawcy możliwości uzyskania zamówienia. Na skutek tego Odwołujący poniósł szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, o którego uzyskanie występował.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podał, w szczególności, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu w pkt 5.2 SIWZ określił, iż: „uzna że wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał co najmniej 1 zamówienie polegające na budowie lub przebudowie wielorodzinnego budynku mieszkalnego lub budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej (w rozumieniu § 3 pkt 4 lit a, 5 i 6 rozporządzenia Ministra Infrastruktury w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie), o kubaturze co najmniej 4.500m³”. Odwołujący przedłożył wymagane dokumenty tj. wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert oraz dowody, dotyczące najważniejszych robót - referencje. W piśmie z dnia 21.07.2015 r. Zamawiający poinformował, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający podał, iż wskazane roboty budowlane nie spełniają wymogów określonych w SIWZ, także te, które na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp [do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia] zostały przez wykonawcę dodatkowo podane w poz.2 i 3 Wykazu. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający wskazał na dwie okoliczności w jego ocenie skutkujące niezgodnością prac wskazanych w Wykazie pod pozycją 2 i 3 z wymogami SIWZ tj. (1) fakt, że w nazwie inwestycji występują sformułowania: remont, rozbudowa oraz modernizacja, zamiast budowa lub przebudowa (2) fakt, iż zarówno prace wymienione w pozycji 2 i 3 były robotami z branży sanitarnej. Wykonawca także podał, że Zamawiający, za podstawę odrzucenia jego oferty uznał wyjaśnienia wykonawcy – nazbyt ogólne, z których również wynika, że wykonawca nie zamierza uregulować zobowiązań w stosunku do zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom. Wątpliwości Zamawiającego budziły również rabaty na jakie powoływał się wykonawca..

Odnosząc się do 1 zarzutu, wykonawca podał, że nazwa inwestycji może jedynie sugerować rodzaj prac, jaki będzie wykonywany natomiast nie przesądza to o rodzaju wykonywanych prac, tym bardziej, że poszczególne formy budowy mogą występować łącznie (np. odbudowa z rozbudową). O charakterze wykonywanych prac każdorazowo decyduje konkretny stan faktyczny, i którego często nie można zweryfikować tylko na podstawie treści referencji tj. wykazu wykonywanych robót ponieważ te same prace na jednej inwestycji mogą oznaczać remont, a na innej przebudowę, właśnie w takiej sytuacji, gdzie nie jest możliwe określenie rodzaju robót w oparciu o referencje Zamawiający został

zobowiązany przez ustawodawcę do rzetelnego zweryfikowania, czy przywołane przez potencjalnego wykonawcę wiedza i doświadczenie są zgodne z wymogami określonymi w SIWZ. W tym celu Zamawiający w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 Pzp powinien zażądać szczegółowych wyjaśnień w zakresie przedłożonych dokumentów. Wskazał na definicję legalną zawartą w ustawie prawo budowlane zgodnie z którą przez budowę należy rozumieć „wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego”, a przez przebudowę - wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Zdaniem wykonawcy, w oparciu o powyższą definicję przebudowy a contrario można ustalić, iż rozbudowa to zmiana charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość. Dalej podał, że „Dopiero po zestawieniu faktycznie wykonanych prac w kontekście konkretnej budowy z powyższymi definicjami możliwe jest stwierdzenie czy dane prace są zgodne z wymogami SIWZ”. Wskazał, że „nawet stosując metodykę Zamawiającego to w nazwie zadania umieszczonego w wykazie robót pod poz. 2 mam „remont i rozbudowę”, która mieści się w definicji budowy. Jeśli zaś chodzi o poz. 3 wykazu robót to modernizacja nie została zdefiniowana w prawie budowlanym, jest jednocześnie na tyle szerokim pojęciem, że może w zasadzie dotyczyć każdego rodzaju prac budowlanych z wyłączeniem budowy sensu stricto. Podał, że prace, o których mowa w poz. 2 wykazu polegały na rewitalizacji Szpitala Tworkowskiego, które to obejmowały przebudowę pawilonu nr XI, a zatem spełniały wymogi określone w SIWZ. Pawilon nr XI jest budynkiem wolnostojącym wchodzącym w skład psychiatrycznego zespołu szpitalnego w Tworkach. Jest on budynkiem trzykondygnacyjnym, całkowicie podpiwniczonym. W wyniku ww. przebudowy zespołu szpitalnego wykonano przekształcenie funkcji pawilonu nr XI oraz poszczególnych jego pomieszczeń znajdujących się w piwnicy, na parterze oraz piętrze. W pomieszczeniach wykonano izbę przyjęć oraz pomieszczenia pomocnicze. W wymienionych pomieszczeniach wykonano kompletne roboty sanitarne tj. instalacje c.o., wod.-kan. oraz wentylację. Ponadto na poddaszu budynku wyprowadzono osobną sekcję zasilającą nagrzewnicę centrali wentylacyjnej, wykonano nowa instalacje wody zimnej, instalację wodną przeciwpożarową, instalację ciepłej wody. Wykonano również nowe piony kanalizacyjne, węzeł c.o. oraz dostawę i montaż białej armatury, dostawę i montaż kurtyn powietrznych. Ponadto wykonano przebudowę wnętrza istniejącego obiektu o wentylację mechaniczną. W załączeniu przedłożył do odwołania projekt wykonawczy przebudowy pawilonu nr XI (instalacja c.o., wentylacji mechanicznej, wod.-kan.), który ma

potwierdzać te okoliczności. Dalej podał, że prace, o których mowa w poz. 3 wykazu polegały na modernizacji budynku nr 1 Szpitala Wojskowego Instytutu Medycyny Lotniczej - II etap w Warszawie, która obejmowała wykonanie nadbudowy nowej kondygnacji, w wyniku których nastąpiła zmiana parametrów istniejącego obiektu budowlanego. Ponadto dobudowano podjazd dla karetek, gdzie została wykonana kompletna instalacja odwodnienia. Zakres prac obejmował również wykonanie m.in. instalacji wewnętrznej wod.-kan., instalacji ciepła technologicznego, instalacji ciepłej c.o., instalacji w węźle cieplnym oraz wykonanie technologii hydroforni oraz zbiornika wody. W świetle Prawa budowlanego przedmiotowy zakres spełniał wymogi określone w SIWZ. Stwierdził również, że przebudowa dotyczyła wojskowego obiektu i dokumentacja techniczna jest tajna.

Odnosząc się do 2 zarzutu stwierdził, że SIWZ nie wskazuje, jakie branże budowlane ma obejmować budowa lub przebudowa. Za bezpodstawne uznaje twierdzenia Zamawiającego prace w poz. 2 i 3 Wykazu są niezgodne z SIWZ. Ponownie odnosząc się do definicji legalnej „przebudowy” podkreślił, że polega ona na „wykonywaniu prac budowlanych, i niewątpliwie wykonywanie prac branży sanitarnej do takich, się zalicza. Stwierdził ponadto, że to Zamawiający musi precyzyjnie określić wymagania stawiane potencjalnym wykonawcom i ponosi ryzyko formułowania zapisów w SIWZ. Wskazał, że norma określona w art. 26 ust. 3 i 4 nie jest dyspozytywna o czym świadczy sama konstrukcja przepisu. Zamawiający jest zobligowany do rzetelnego wyjaśnienia wszelkich okoliczności w sposób niebudzący wątpliwości tak aby zagwarantować wszystkim potencjalnym wykonawcom równe szanse i wybrać ofertę najkorzystniejszą w oparciu o określone w SIWZ kryteria.

W kwestii rażąco niskiej ceny Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach wskazał na czynniki cenotwórcze oraz szczegółowo je opisał. Ponadto dołączył oferty dostawców na materiały, które budziły wątpliwości Zamawiającego. Do odwołania przedłożył ofertę Podwykonawcy na pozostałe materiały. Ponownie wskazał, że różnica pomiędzy ofertą Odwołującego, a środkami Zamawiającego i innych wykonawców nie jest duża i wynosi, odpowiednio 2,03 %, a kolejną drugą ofertą -1,45 %.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, co następuje:

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 Pzp stwierdził, że dochował należytej staranności podczas badania ofert i oceny ofert. Wszelkie wątpliwości dotyczące treści złożonych ofert oraz załączonych dokumentów zostały wyjaśnione w trybie wezwania

wykonawców do udzielenia wyjaśnień (art. 87 ust. 1 Pzp), i wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 Pzp).

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp [zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej w sytuacji, gdy według Zamawiającego przedłożone przez Odwołującego dokumenty (referencje) nie spełniały wymogów określonych w siwz] stwierdził, że działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się do wykonawcy i wezwał do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca uzupełnił dokumenty, jednakże jego zdaniem potwierdził warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Tym samym nie było konieczne skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp. Zaznaczył, że wykonawca złożył dokumenty - wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, (dalej wykaz) wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania. Złożył także dowody, dotyczące najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Jednakże wskazane w uzupełnionym wykazie zamówienia nie potwierdzają spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Zamawiający bowiem w pkt. 5.2. siwz określił, iż: „uzna, że wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonał, co najmniej 1 zamówienie polegające na budowie lub przebudowie wielorodzinnego budynku mieszkalnego lub budynku zamieszkania zbiorowego lub budynku użyteczności publicznej (w rozumieniu § 3 pkt. 4 lit. a, 5 i 6 rozporządzenia w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie), o kubaturze, co najmniej 4.500m³.” Zamówienie wskazane przez Odwołującego w pkt 2 obejmuje remont, rozbudowę budynków, a wskazane w pkt. 3 modernizację budynku. Zamówienia te nie obejmowały budowy lub przebudowy budynku, czego dowodzi również zakres wykonanych robót, wskazany w załączonych referencjach oraz poświadczeniu (jedynie roboty branży sanitarnej). Tym samym Zamawiający nie może uznać, że wykonawca wykazał spełnianie wymaganego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Podkreślił, że pojęcia „budowy” i „przebudowy” zdefiniowane zostały w ustawie - Prawo budowlane i tak przez: (1) budowę - należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego, a (2) przebudowę - należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku, których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w

przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego. Dalej podał, że pojęcie rozbudowy zawarte zostało w definicji budowy. Jak słusznie zauważył Odwołujący, cyt.: „W oparciu o powyższą definicję przebudowy a' contrario można ustalić, iż rozbudowa to zmiana charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość”. Według oceny Zamawiającego, zamówienia wskazane przez Odwołującego w pkt 2 i 3 uzupełnionego wykazu dotyczyły tylko wykonania robót branży sanitarnej. Wynika, to wprost z załączonych referencji i poświadczenia (nie wskazano w nich innych robót). Bez wątplenia należy zatem uznać, że zamówienia te nie stanowiły budowy lub przebudowy. Wykonanie bowiem jedynie robót branży sanitarnej z pewnością nie spowodowałoby zmiany charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu budowlanego, takich jak kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Zamawiający nie skorzystał również z dyspozycji przepisu art. 26 ust. 4 Pzp, z uwagi na fakt, iż zakres robót wynika wprost z treści załączonych referencji i poświadczenia. W związku z czym Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości, co do tego, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił, że art. 26 ust. 4 Pzp nakazuje wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów. Wezwanie takie jest zaś skutkiem wątpliwości, a takich w tym przypadku Zamawiający nie miał, a zatem nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający niewłaściwie zbadał ofertę i złożone dokumenty, opierając się jedynie na nazwie inwestycji. Podkreślił, że Odwołujący dopiero w odwołaniu wskazał, na zamówienia z pkt 2 i 3 uzupełnionego wykazu, które obejmowały również inne roboty. Istotą jednak pozostaje to, iż Odwołujący nie ma podstaw do twierdzenia, że spełnił warunek posiadania wiedzy i doświadczenia. Firmy (tj. HYDROBUD oraz IZOTERMS), na których wiedzy i doświadczeniu polega Odwołujący nie były wykonawcą wskazanych w załączonych referencjach i poświadczeniu zamówień. Wykonywały jedynie na zlecenie firmy POLBUD POLSKIE BUDOWNICTWO, (która była wykonawcą tych zamówień, wybranym w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego) roboty branży sanitarnej (a więc niewielką część zamówienia), i tylko w tym zakresie mogą posługiwać się referencjami, a nie w zakresie wykonania całości zamówienia, (do czego uprawniony jest wykonawca danego zamówienia, również członek konsorcjum, a takim ani HYDROBUD ani IZOTERMS nie były).

Odnosnie zarzutu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp [bezprawne wykluczenie Odwołującego w wyniku niezgodnego z prawem zaniechania dokonania czynności wynikających z przepisu art. 26 ust. 4 Pzp] podał, że Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp wyklucza wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co też Zamawiający uczynił nie mając wątpliwości, iż Odwołujący nie

wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też nie mając żadnych wątpliwości (zakres wskazany wprost w załączonych dokumentach) Zamawiający nie skorzystał z dyspozycji art. 26 ust. 4 Pzp.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp [uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, podczas gdy różnica w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego, a kolejną ofertą wynosiła zaledwie 1,45%, a w stosunku do środków posiadanych przez Inwestora 2,03%] - Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp ma obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przypadku, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności, gdy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający działając zgodnie z ww. przepisem wezwał Odwołującego do udzielenia ww. wyjaśnień, gdyż cena jego oferty jest o 32,54% niższa od wartości zamówienia podstawowego. Wykonawca udzielił wyjaśnień, których jednak Zamawiający nie może uznać za wiarygodne. Budzą one bowiem zasadnicze wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. W szczególności wątpliwości budzą wyjaśnienia Wykonawcy dot. np. kosztów zaplecza budowy, cyt.: „(...) koszty zaplecza budowy, np. wynajmu baraków i innych elementów, zaplecza budowy, tj. zasilenie placu budowy w wodę, energię elektryczną i innych mediów zostaną przerzucone na podwykonawców realizujących inwestycję (...)” czy też dot. kosztów narzędzi, cyt.: „(...) powierzając znaczną część robót podwykonawcom powierzamy im obowiązek pełnego zaopatrzenia również w sprzęt i materiał (...)”. Z powyższych wyjaśnień wynika, iż podwykonawcy wykonaliby wskazaną część zamówienia bez zapłaty (nie otrzymaliby należnego wynagrodzenia), tj. koszty te (jak wyjaśnia Odwołujący) zostałyby przerzucone na podwykonawców, co jest niedopuszczalne. Nie jest zatem prawdą twierdzenie Odwołującego, iż cyt.: „(...) z żadnego zapisu złożonych wyjaśnień nie wynika, iż Odwołujący w przypadku pozyskania kontraktu miałby nie zapłacić należnego wynagrodzenia podwykonawcom”. Czymże bowiem jest przerzucenie kosztów na podwykonawcę jak nie założeniem z góry, że koszty takie poniesie podwykonawca i nie zostaną one zrekompensowane przez Wykonawcę. Wątpliwość budzi również wysokość rabatów sięgających 70%, na które powołuje się Wykonawca.

Reasumując, Zamawiający stwierdził, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie znajdują racjonalnego uzasadnienia, a ponadto nie są one oparte, ani o stan faktyczny, ani też prawny, oraz nie są - w świetle udokumentowanym przez Zamawiającego - zgodne ze stanem faktycznym.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp stwierdza, że podczas badania i oceny ofert., Zamawiający, w spornym zakresie, nie naruszył wskazanych przepisem zasad – równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. W tym przypadku wątpliwości, dotyczące treści złożonych ofert oraz załączonych dokumentów zostały wyjaśnione w trybie przewidzianym ustawą Pzp - wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień (art. 87 ust. 1 Pzp), i wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 Pzp).

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp Izba stwierdza, że procedura wezwania do udzielenia wyjaśnień ma zastosowanie tylko w przypadku uzasadnionych wątpliwości, co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów. W niniejszej sprawie Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w zakresie pkt 5.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W odpowiedzi, wykonawca uzupełnił dokumenty, przedkładając nowy Wykaz robót budowlanych w zakresie jego zdaniem zgodnym z wymaganym punktem 5.2. specyfikacji. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że w wezwaniu z dnia z dnia 2 lipca 2015 r. zamawiający podał min. że podana w Wykazie [z jedną pozycją] inwestycja nie spełnia wymagań, co do wymaganej kubatury 4.500 m³ budynku, z którym związana była budowa lub jego przebudowa. Stwierdził, że dla tej inwestycji Odwołujący wykonywał remont na powierzchni 599 m², co z kolei stanowi kubaturę 2.600 m³ i podkreślił, że warunek związany był z budową lub przebudową na budynku o kubaturze, co najmniej 4.500 m³, a nie jego części, której kubatura jest niższa od wskazanego minimum. Izba stwierdza, że to ustalenie nie zostało przez wykonawcę zakwestionowane w odwołaniu. Dlatego też nie było możliwe skuteczne odwoływanie się do tej pozycji 1 z Wykazu w toku rozprawy, jako spełniającej wymaganie. Zgodnie z dyrektywą z art. 192 ust. 7 właściwość Izby, co do rozstrzygnięcia ograniczona jest tylko do zarzutów objętych odwołaniem i tym samym nie było to

przedmiotem oceny Izby. Na marginesie Izba zwraca uwagę, że z pkt 5.2 specyfikacji nie wynikała możliwość odnoszenia warunku tylko do części prac wykonywanych na danym budynku.

Odnosząc się do zarzutów związanych z pozycją 2 i 3 Wykazu robót (po jego uzupełnieniu), Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że wskazane roboty, na które powołał się wykonawca nie potwierdzają warunku z pkt 5.2 specyfikacji. Obejmowały one bowiem jedynie roboty branży sanitarnej, czego dowodzi wskazany w załączonych referencjach oraz poświadczeniu zakres wykonanych robót. Izba, w tym miejscu podkreśla, że dokumenty referencyjne zostały wystawione przez POLBUD POLSKIE BUDOWNICTWO, odpowiednio firmie HYDROBUD oraz firmie IZOTERMS. Te firmy były podwykonawcami POLBUD-u i chociażby z tego powodu Odwołujący, korzystając dla potwierdzenia warunku z pkt 5.5. specyfikacji z udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, w oparciu o art. 26 ust.2b ustawy Pzp nie może powoływać się na doświadczenie w budowie tych obiektów, których wykonawcą był POLBUD, albowiem tylko ta firma mogła udostępnić Odwołującemu w pełnym zakresie potencjał, co do wymaganej wiedzy i doświadczenia przy realizowanych inwestycjach. Izba podzieliła także stanowisko Zamawiającego, że warunek z pkt 5.2 specyfikacji niewątpliwie dotyczył budowy lub przebudowy obiektu, na którym wykonane roboty budowlane powodowały zmianę parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji. Wykonanie natomiast jedynie robót branży sanitarnej z pewnością nie powodowało zmiany użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego. Izba dodatkowo zauważa, że ustawa Pzp umożliwia wykonawcy ustalenie – w trybie wyjaśnień przewidzianych art. 38 ust.1 Pzp – jednoznacznie danego wymagania, szczególnie, gdy profesjonalny wykonawca – jak wskazuje stanowisko Odwołującego - mógł z łatwością dostrzec możliwość dwojakiej interpretacji warunku, a mianowicie – w tym przypadku - mniej lub bardziej korzystnej dla oferenta. Interpretacja zatem, w okolicznościach tej sprawy, dokonana została na ryzyko wykonawcy, a zawężająca interpretacja warunku z pkt 5.2. specyfikacji dokonana przez wykonawcę nie była, zdaniem Izby, uprawniona. W okolicznościach tej sprawy warunek niewątpliwie dotyczył obiektu o określonej kubaturze i wymaganym zakresie prac ogólnobudowlanych, powodujących – za wyjątkiem - zmianę charakterystycznych parametrów istniejącego obiektu. W konkluzji Izba stwierdza, że z treści załączonych referencji i poświadczenia wynika wprost zakres robót – robót sanitarnych, – co potwierdził także w odwołaniu wykonawca. Zatem, w tych okolicznościach, Zamawiający nie miał podstaw do wątpliwości, czy roboty wskazane w poz.2 i 3 w Wykazie – po jego zmianach – potwierdzają spełnianie warunku z pkt 5.2. specyfikacji. Tym samym zarówno podnoszony

zarzut naruszenia art. 26 ust.4 ustawy Pzp, jak i art. 24 ust.2 pkt 4 tej ustawy są niezasadne i nie podlegają uwzględnieniu.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp opartym na twierdzeniu nieznacznej różnicy w cenie pomiędzy ofertą Odwołującego, a kolejną ofertą [zaledwie 1, 45%], oraz w stosunku do środków posiadanych przez Inwestora [2,03%] Izba uznała argumentację Zamawiającego, który zasadnie stwierdził, że zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp ma obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w przypadku, gdy cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, a w szczególności, gdy jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Zamawiający działając zgodnie z ww. przepisem wezwał Odwołującego do udzielenia ww. wyjaśnień, gdyż cena jego oferty jest o 32,54% niższa od wartości zamówienia podstawowego. Wykonawca udzielił wyjaśnień, których jednak Zamawiający nie mógł uznać za wiarygodne i, które nie usunęły wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę zgodnie z określonymi w tym postępowaniu wymaganiami. Powyższe dotyczy kosztów zaplecza budowy, które zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego udzielonymi w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp mają zostać przerzucone na podwykonawcę. Podobna sytuacja, dotyczy kosztów narzędzi [sprzętu i materiałów], albowiem wykonawca w wyjaśnieniach podał, że powierzając znaczną część robót podwykonawcom powierzy im także obowiązek pełnego zaopatrzenia, również w sprzęt i materiał. Izba zwraca uwagę, że w wezwaniu z dnia 8 lica 2015 r. Zamawiający wymagał także przedłożenia dowodów. Wymagane przepisami ustawy Pzp dowody na potwierdzenie wskazywanych okoliczność, chociażby dla potwierdzenia, że podwykonawcy przyjmują na siebie takie koszty nie zostały przedłożone. Izba zwraca uwagę, że wykonawca powołał się na możliwość uzyskania rabatów sięgających 70% zakupu materiałów, jednakże ta okoliczność nie została udowodniona, albowiem z przedłożonych ofert dostawców wynika, że rabaty przewidziano w maksymalnej wysokości 40 %. Reasumując, Izba zwraca uwagę, że ciężar dowodu, że cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy. Powyższe wynika z art. 90 ust.2 ustawy Pzp, i również z jej art. 190 ust.1a pkt 1, w myśl którego „Ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na (...) wykonawcy, który ją złożył w tym przypadku, gdy jest on stroną postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, a także stosownie do postanowień 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).

.....