

Sygn. akt: KIO 2453/10

WYROK
z dnia 25 listopada 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 10 listopada 2010 r. wniesionego przez **Bud-Invent sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Brwinów, ul. Grodziska 12, 05-840 Brwinów**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECM Group Polska sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** oraz **AECOM sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Bud-Invent sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Bud-Invent sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa**

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „*pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu dla Kontraktów: — nr 1 zadanie 2 – Budowa kanalizacji sanitarnej w Brwinowie na północ od torów PKP, — nr 2 zadanie 2 – Budowa kanalizacji sanitarnej w Brwinowie na południe od torów PKP, — nr 3 zadanie 3 – Budowa kanalizacji sanitarnej w Otrębusach i Kaniach,— nr 4 i 5 – Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z siecią wodociągową do Osiedla „Miasto-Ogród” w Parzniewie, — nr 8 – Rozbudowa Stacji Uzdatniania Wody w Brwinowie i w Parzniewie - realizowany w ramach projektu Funduszu Spójności pn. „Czyste życie” - kompleksowa gospodarka wodno-ściekowa na terenie Gminy Brwinów*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 sierpnia 2010 r. Nr 2010/S 154-238215.

Pismem z 2 listopada 2010 r., przekazanym w dniu 3 listopada 2010 r. faksem, Zamawiający zawiadomił Bud-Invent sp. z o.o., ul. Filtrowa 67 bud. D lok. 111, 02-055 Warszawa, zwaną dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECM Group Polska sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa oraz AECOM sp. z o.o., ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa, zwanych dalej „Przystępującym”.

Wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego, a także wobec zaniechania wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy, Odwołujący wniósł w dniu 10 listopada 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i 5, art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2) dokonania czynności wykluczenia z postępowania Przystępującego,
- 3) dokonania czynności odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego,
- 4) dokonania czynności wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (w przypadku nieuwzględnienia żądań, o których mowa w pkt 2) i 3),

- 5) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 6) dokonania wyboru złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentował, że Przystępujący wskazał na stanowisko Inżyniera Rezydenta/Kierownika Zespołu Pana Piotra P. Jednakże, po pierwsze - część informacji o doświadczeniu wzmiankowanej osoby jest nieprawdziwa, po drugie - wzmiankowana osoba nie spełnia postawionych wymogów. Wskazywał, że w życiorysie zawodowym wykazano, m. in., iż Pan Piotr P. pełnił, z ramienia „ECM Group Polska” Sp. z o.o., funkcję Lidera Zespołu przy zadaniu pn. „Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach”. Podnosił, że usługa „Pełnienie funkcji Inżyniera/Menadżera Projektu przy realizacji inwestycji: Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach” nie była realizowana przez „ECM Group Polska” Sp. z o.o., lecz przez Odwołującego, zaś „ECM Group Polska” Sp. z o.o. (jako podwykonawca) opracowywało jedynie materiały przetargowe oraz kosztorys inwestorski dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy robót budowlanych. Po drugie - Pan Piotr P. był jedynie jedną z osób zaangażowanych w przygotowanie dokumentacji przetargowej oraz pełnił funkcję konsultanta ds. materiałów i urządzeń technologicznych. Wykazanie zadania pn. „Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach” w życiorysie zawodowym Pana Piotra P. w rubryce „Opis zadań potwierdzających spełnianie wymogu” jest zaś bezpodstawne i oznacza, iż podano nieprawdziwe informacje.

Podana nieprawdziwa informacja co najmniej może mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jako że nie wiadomo, czy i w odniesieniu do których z pozostałych zadań, jakie zostały wykazane w życiorysie Pana Piotra P. pełniona przez wzmiankowaną osobę funkcja obejmowała kierowanie (nie zaś np. jedynie koordynowanie) zespołem prowadzącym nadzór nad robotami budowlanymi (nie zaś np. zespołem wykonującym inne czynności związane z obsługą zadań inwestycyjnych).

Odwołujący podnosił także, że Przystępujący na stanowisko Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych wskazał Pana Janusza L., który jednak nie spełnia postawionych wymagań. Wywodził, iż w życiorysie zawodowym, składanym w celu wykazania doświadczenia ww. osoby w „Opisie zadań potwierdzających spełnianie wymogu” wykazano tylko jedno zadanie dotyczące Stacji Uzdatniania Wody, tj. zadanie pn. „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej gospodarka osadami (kontrakt II)”. Jednakże ze wzmiankowanego opisu wynika, iż zadanie dotyczyło modernizacji, czyli remontu, nie zaś „budowy” lub „rozbudowy”. „Modernizacja” jest zaś objęta zakresem pojęcia „remont”, przez który, zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 3 pkt. 8 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj.

Dz. U. z 2006 r., Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), należy rozumieć, wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a nie stanowiących bieżącą konserwację, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym. Z kolei przez „budowę” należy rozumieć „wykonanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego” (por. art. 3 pkt. 6 ustawy Prawo budowlane), zaś „rozbudowa” to rodzaj budowy w wyniku którego powstaje nowa część istniejącego już obiektu budowlanego. Zatem pojęcia „modernizacja” nie sposób utożsamiać ani z pojęciem „budowa”, ani z pojęciem „rozbudowa”, co winno skutkować przyjęciem, iż w przedmiotowym zakresie, postawione wymogi nie zostały spełnione.

Odwołujący podnosił także, że Przystępujący złożył w ofercie odpisy z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczące obydwu członków konsorcjum Przystępującego. Z odpisu dotyczącego „Aecom” Sp. z o.o. wynika, że w skład Zarządu czyli „organu zarządzającego” w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wchodzi: Edward Józef Plewa - Prezes Zarządu, John Frederick Vincent - Członek Zarządu, Chris Hartfield - Członek Zarządu. W odniesieniu do wszystkich wzmiankowanych osób nie złożono informacji z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, lecz pisma stanowiące odpowiedzi na wnioski o informacje, które mogą dotyczyć: Edwarda Józefa Plewa, Johna Fredericka Vincent, Chrisa Hartfield i znajdować się w Krajowym Komputerze Policynym w Wielkiej Brytanii. Z treści odpowiedzi wynika, że w Krajowym Komputerze Policynym nie znajdują się informacje dotyczące wymienionych osób. Jednakże, złożenie wzmiankowanych pism nie może być uznane za uczynienie zadość obowiązkowi złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak bowiem wynika z informacji opublikowanych na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych (www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;928), które zostały zaczerpnięte z oficjalnej strony internetowej Komisji Europejskiej, w Wielkiej Brytanii dla celów związanych z kwalifikacją podmiotową wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie wystawia się zaświadczeń dotyczących niekaralności osób, lecz wykonawcy załączają oświadczenia złożone pod przysięgą, czyli „dokumenty zawierające oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego” w rozumieniu § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Tym samym, dokumenty dotyczące zawartości Krajowego Komputera Policynego, należy uznać za nie mające znaczenia dla czynności

badania i ocen ofert, zwłaszcza, iż nie wiadomo jaki zakres informacji mógłby się w nim znajdować (np. mogłyby to być jedynie informacje o przestępstwach i wykroczeniach związanych z ruchem drogowym, czy informacje uzyskane w sposób operacyjny). W tym stanie rzeczy trzeba jednocześnie przyjąć, że wymagane oświadczenia nie zostały złożone. W świetle powyższego wywodził, że zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający powinien wezwać Przystępującego, do złożenia oświadczeń w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Odwołujący podnosił również, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto 2 302 140, 00 PLN. W toku badania i oceny ofert, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się pismem z dnia 26 października 2010 r. do Przystępującego o udzielenie w terminie do 29 listopada 2010 r., godz. 10.00 wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przy czym, w treści wezwania:

- 1) postawił wymóg, aby w wyjaśnieniach uwzględniono wszystkie elementy wpływające na wysokość ceny tzn. wszystkie obowiązki Inżyniera Kontraktu określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Umowa i Opis przedmiotu zamówienia;
- 2) zastrzegł, iż uwzględni i oceni tylko te wyjaśnienia, które znajdują potwierdzenie w wyjaśnieniach lub dokumentach dowodowych dostarczonych wraz z wyjaśnieniami;
- 3) zastrzegł, iż brak jednoznacznego uzasadnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, która w znaczący sposób odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością oraz w zgodzie z art. 32 i art. 34 ustawy Prawo zamówień publicznych, zostanie uznane za brak złożenia wyjaśnień i będzie skutkować odrzuceniem oferty na mocy art. 90 ust. 3 powołanej ustawy.

Wywodził, że Przystępujący przekazał Zamawiającemu wyjaśnienie (pismo datowane na 28 października 2010 r.), jednakże: Zamawiający potwierdził otrzymanie wyjaśnienia wysyłając fax w dniu 29 listopada 2010 r., o godzinie 10.49, a zatem już po upływie terminu składania wyjaśnień, który upłynął o godzinie 10.00, a więc wyjaśnienie zostało przekazane Zamawiającemu po upływie terminu.

Ponadto, z treści udzielonych wyjaśnień wynika, że:

a/ Cena określona w ofercie uwzględnia wszystkie koszty poniesione przez Przystępującego podczas realizacji usługi zgodnie z obowiązującym prawem i wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jednakże po pierwsze - oświadczenie takie samo w sobie (bez odpowiedniej argumentacji i dowodów) pozostaje bez znaczenia, po drugie - na etapie przygotowywania i składania oferty można mówić jedynie o kosztach, jakie są przewidywane do poniesienia, nie zaś o kosztach już poniesionych;

b/ Przystępujący, jako profesjonalista w zakresie nadzoru inwestorskiego szacując cenę oferty wziął pod uwagę odpowiednio przedstawione terminy oraz zakres obowiązków inżyniera, jednakże, po pierwsze - sam fakt występowania w obrocie jako profesjonalista nie przesądza o zachowaniu w konkretnym przypadku należytej staranności przy szacowaniu ceny, po drugie - samo uwzględnienie terminów oraz zakresu obowiązków nie świadczy jeszcze o tym, iż zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, gdyż przy szacowaniu ceny należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności mające wpływ na wysokość kosztów, a jednocześnie nie pozostaje obojętne w jakim stopniu i zakresie wzmiankowane terminy i zakres obowiązków zostały uwzględnione;

c/ Zdaniem udzielających wyjaśnień:

-Realizacja wielu kontraktów obejmujących zarządzanie i nadzór inwestorski ma bezpośredni wpływ na realny koszt biur i logistyki oraz koszty zatrudnienia personelu pomocniczego;

-Bogate doświadczenie zdobyte podczas realizacji szeregu inwestycji pozwoliły na zminimalizowanie ryzyk wykonania przedmiotowej usługi;

-Odmienny sposób szacowania ryzyk przez Wykonawców, a tym samym i kwot przeznaczonych na ich zabezpieczenie może powodować znaczne różnice w cenach złożonych ofert;

Odwołujący argumentował, że nie wskazano ile kontraktów obejmujących zarządzanie i nadzór inwestorski było lub jest realizowane, w jaki sposób i w jakim konkretnie zakresie liczba kontraktów ma przełożenie na realny koszt biur i logistyki oraz koszty zatrudnienia personelu pomocniczego; jaka konkretnie wiedza lub jakie konkretnie umiejętności zdobyte podczas realizacji jakich inwestycji pozwalają na zminimalizowanie ryzyk wykonania przedmiotowej usługi. Ponadto wyjaśnienia nie miały dotyczyć potencjalnych przyczyn znacznych różnic w cenach złożonych ofert, lecz elementów złożonej przez Przystępującego, konkretnej oferty, mających wpływ na wysokość ceny

d/ Przystępujący, będąc stałym i rzetelnym klientem instytucji ubezpieczeniowych ma (jak sam twierdzi) możliwość korzystania ze znacznych upustów podczas uzyskania gwarancji lub polis ubezpieczeniowych, będących zabezpieczeniem niniejszego kontraktu; Jednakże, nie zostało

wykazane, jakie konkretnie upusty zostałyby udzielone i na jakiej podstawie, jak należy rozumieć określenie „znaczne”;

e/ Przystępujący posiada zaplecze biurowo - logistyczne, biura regionalne oraz biura związane z konkretnymi inwestycjami, co pozwala na zniwelowanie kosztów związanych z wyposażeniem i funkcjonowaniem biura; Jednakże, nie wskazano, jakie konkretnie materiały i wyposażenie mogłoby zostać użyte przy realizacji przedmiotowej usługi, a także na czym polega i jaki jest zakres wpływu posiadania wzmiankowanych biur na zniwelowanie kosztów związanych z obsługą biurową przedmiotowej usługi (w celu jednoznacznego wykazania istnienia i doniosłości tego wpływu konieczne byłoby przedstawienie konkretnych danych i wyliczeń);

f/ Zdaniem udzielających wyjaśnień, na wysokość ceny wpływają następujące okoliczności:

-Kilkuletnia stała współpraca z personelem pozwala na wynegocjowanie atrakcyjnych kwot za nadzór w danej branży;

-Specjaliści często współpracują z Wykonawcą na podstawie umów cywilnoprawnych, a ich wynagrodzenie zależy od rzeczywiście wykonanych usług na podstawie umowy ryczałtowej zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia;

-Zarządzanie czasem Inspektorów/Specjalistów pomiędzy kilkoma kontraktami realizowanymi w tym samym obszarze

Jednakże: nie wskazano o jakie atrakcyjne kwoty możliwe do wynegocjowania chodzi, ani też nadzoru w jakich branżach one dotyczą a co ważniejsze - w sposób nieuzasadniony utożsamiono możliwość wynegocjowania z faktem wynegocjowania; po drugie - nie ma podstaw do przyjęcia, iż zatrudnienie na podstawie umów cywilnoprawnych i wzmiankowane zasady wynagradzania, powodują w każdym przypadku obniżenie kosztów wykonania usługi, a nie udowodniono, iż tak byłoby w przedmiotowym przypadku; po trzecie zaś - nie wskazano, czy i do jakich usług, na obszarze, na którym ma być realizowane przedmiotowe zamówienie, byłiby zaangażowani Inspektorzy/Specjaliści, a co istotniejsze bez podania podstaw założono, iż nie wystąpią zagrażające należytemu wykonaniu przedmiotowego zamówienia, nie dające się usunąć kolizje pomiędzy obowiązkami wynikającymi z realizacji różnych usług.

Niezależnie od powyższego, z przedstawionej Kalkulacji ceny wynika, że Przystępujący założył, iż znaczna część osób jakie będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia nie będzie dyspozycyjna przez cały okres jego realizacji, tj. przez 37 miesięcy. Mianowicie: Inspektorzy nadzoru robót sanitarnych (4 osoby) oraz Inspektor nadzoru robót drogowych mieliby być zaangażowani przez 25 miesięcy, zaś Inspektor nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych oraz Inspektor nadzoru robót elektrycznych - przez 16 miesięcy. Nie wiadomo jednak, czy okresy te są wystarczające, zwłaszcza, że nie podano na jakiej

konkretnie podstawie zostały przyjęte. Jest również co najmniej wysoce wątpliwe, że będzie możliwe wynegocjowanie za pełnienie nadzoru w poszczególnych branżach kwot ryczałtowych przy nieustalonych jednoznacznie terminach realizacji wykonania wzmiankowanych usług (możliwość przedłużenia), wszak umowy o pełnienia nadzoru inwestorskiego, podobnie jak umowa o pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu, są umowami o świadczenie usług, nie zaś umowami o dzieło, a tym samym zalicza się je do umów starannego działania, nie zaś do umów rezultatu. Kalkulacja nie daje również podstaw do przyjęcia, iż uwzględniono w niej wszystkie obowiązki Inżyniera Kontraktu. Mianowicie, z zawartych w tabeli zapisów, w tym zwłaszcza z treści pozycji oraz z przewidywanych terminów realizacji usługi wynika, iż nie wzięto pod uwagę obowiązków Inżyniera Kontraktu w Okresie Zgłaszania Wad/ Okresie gwarancji/Okresie rękojmi.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że zaoferowana cena nie wskazuje na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia, lecz także złożył kalkulację, z której wynika, iż nie wszystkie elementy zamówienia zostały uwzględnione przy ustalaniu ceny.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (zasada równego traktowania wykonawców oraz zasada przygotowania i prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji), polegało, w szczególności na bezpodstawnym zaniechaniu wykluczenia z postępowania Przystępującego, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a także na bezpodstawnym zaniechaniu odrzucenia jego oferty.

Zamawiający w dniu 12 listopada 2010 r. przesłał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kopię odwołania wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. Przystępujący otrzymał kopię odwołania i wezwanie do przystąpienia do postępowania odwoławczego w dniu 12 listopada 2010 r.

Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczając przystąpienie Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w formie pisemnej w dniu 15 listopada 2010 r.

W zgłoszeniu Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez Przystępującego, wyjaśnienia co do elementów oferty mających wpływ na

wysokość zaoferowanej ceny, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę dokumenty, oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z pkt 9.1.3 lit. a SIWZ, Zamawiający postawił wymóg *dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj., m. in., osobą na stanowisko Inżyniera Rezydenta/Kierownika Zespołu - specjalisty w zakresie zarządzania, nadzorowania i rozliczania kontraktów na roboty, która winna posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w kierowaniu zespołem prowadzącym nadzór nad robotami budowlanymi, w tym minimum 3 lata przy kierowaniu zespołem nadzoru na co najmniej jednym zadaniu obejmującym budowę sieci wodociągowej i/lub sieci kanalizacji sanitarnej (w każdym systemie) o wartości brutto 10 000 000 PLN.*

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku Wykonawca zobowiązany był do sporządzenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do IDW.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do IDW należało w wykazie wskazać m.in. nazwę inwestycji oraz okres realizacji i zakres robót budowlanych, pełnioną funkcję w procesie inwestycyjnym, czas uczestnictwa danej osoby w realizacji inwestycji (rozpoczęcie i zakończenie).

Przystępujący wskazał na stanowisko Inżyniera Rezydenta/Kierownika Zespołu Pana Piotra P. W załączonym do wykazu osób życiorysie zawodowym Pana Piotra P. wskazano, iż Pan Piotr P. pełnił, z ramienia „ECM Group Polska” Sp. z o.o., funkcję Lidera Zespołu przy zadaniu pn. „Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach”. Wskazano czas trwania 04.2003-12.2005.

Ponadto wskazano, iż z ramienia ECM Group Polska sp. z o.o. Piotr P. pełnił następujące funkcje:

- 1) kierownika zespołu przy zadaniu „port lotniczy Wrocław – rozbudowa i modernizacja infrastruktury lotniskowej i portowej”, czas trwania 01.2009 r.-obecnie,
- 2) kierownika zespołu przy zadaniu „Gospodarka ściekowa na terenie gmin: Jastrzębie Zdrój, Mszana i Godów”, zadanie obejmowało budowę sieci kanalizacji sanitarnej o wartości powyżej 10.000.000 PLN brutto, czas trwania 01.2006-12.2009,

- 3) lidera zespołu przy zadaniu „przebudowa systemu odprowadzania ścieków w Kaliszu”, zadanie obejmowało budowę sieci kanalizacji sanitarnej o wartości powyżej 10.000.000 PLN brutto, czas trwania 11.2006-08.2009,
- 4) inżyniera rezydenta przy zadaniu „modernizacja oczyszczalni ścieków Radocha II i budowa kolektora Bobrek”, czas trwania 04.2006-02.2008
- 5) kierownika zespołu przy zadaniu „rozwój turystyki w Podgórzynie”, czas trwania 11.2004-04.2006.

Zgodnie z pkt 9.1.3 lit. e SIWZ, Zamawiający postawił wymóg dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj., m. in. osobą na stanowisko Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych, która winna posiadać co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe w tym obejmujące pełnienie funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy/robót na co najmniej jednym zadaniu związanym z budową lub rozbudową Stacji Uzdatniania Wody o wartości brutto minimum 2 000 000 PLN.

W celu potwierdzenia spełniania niniejszego warunku wykonawca zobowiązany był do sporządzenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych dla wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności, według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do IDW.

Zgodnie z załącznikiem nr 4 do IDW należało w wykazie wskazać m.in. nazwę inwestycji oraz okres realizacji i zakres robót budowlanych, pełnioną funkcję w procesie inwestycyjnym, czas uczestnictwa danej osoby w realizacji inwestycji (rozpoczęcie i zakończenie).

Przystępujący wskazał na stanowisko Inspektora nadzoru robót konstrukcyjno-budowlanych Pana Janusza L. W załączonym do wykazu osób życiorysie zawodowym Pana Janusza L. wskazano, iż pełnił on m.in. funkcję inżyniera rezydenta / inspektora nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych na rzecz ECM Group Polska sp. z o.o. przy zadaniu „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej gospodarka osadami (kontrakt II), o wartości robót powyżej 2 mln zł brutto.

W myśl pkt 9.4.5 SIWZ w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający żądał złożenia aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24

ust. 1 pkt. 4-8 ustawy Pzp, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

W myśl pkt 9.5.2 SIWZ Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, przedkłada zaświadczenie właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - albo oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takiego zaświadczenia.

Przystępujący złożył w ofercie odpis z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego dotyczący członka konsorcjum Przystępującego, tj. „Aecom” sp. z o.o. z którego wynika, że w skład zarządu wchodzi: Edward Józef Plewa - Prezes Zarządu, John Frederick Vincent - Członek Zarządu, Chris Hartfield - Członek Zarządu. W odniesieniu do ww. osób złożono pisma stanowiące odpowiedzi na wnioski o informacje, dotyczące: Edwarda Józefa Plewa, Johna Fredericka Vincent, Chrisa Hartfield, wystawione przez Criminal Records Office (Biuro Rejestru Karnego), zgodnie z którymi w Krajowym Komputerze Policijnym w Wielkiej Brytanii nie znajdują się informacje dotyczące wymienionych osób.

Zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 4.147.039,00 zł brutto. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu zaoferowali następujące ceny brutto:

- 1) Przystępujący: 2.302.140,00 zł,
- 2) Odwołujący: 2.389.980,00 zł,
- 3) Safege S.A. Oddział w Polsce: 2.646.180,00 zł,
- 4) DHV Polska sp. z o.o.: 3.172.683,20 zł,
- 5) Egis Poland sp. z o.o.: 3.330.600,00 zł,
- 6) Konsorcjum Scott Wilson sp. z o.o.: 4.178.500,00 zł,
- 7) Prochem S.A.: 4.819.000,00 zł.

Zamawiający, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwrócił się pismem z dnia 26 października 2010 r. do Przystępującego o udzielenie w terminie do 29 października 2010 r., godz. 10.00 wyjaśnień

dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przy czym, w treści wezwania:

- 1) postawił wymóg, aby w wyjaśnieniach uwzględniono wszystkie elementy wpływające na wysokość ceny tzn. wszystkie obowiązki Inżyniera Kontraktu określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - Umowa i Opis przedmiotu zamówienia;
- 2) zastrzegł, iż uwzględni i oceni tylko te wyjaśnienia, które znajdują potwierdzenie w wyjaśnieniach lub dokumentach dowodowych dostarczonych wraz z wyjaśnieniami;
- 3) zastrzegł, iż brak jednoznacznego uzasadnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, która w znaczący sposób odbiega od wartości szacunkowej zamówienia, ustalonej przez Zamawiającego z należytą starannością oraz w zgodzie z art. 32 i art. 34 ustawy Prawo zamówień publicznych, zostanie uznane za brak złożenia wyjaśnień i będzie skutkować odrzuceniem oferty na mocy art. 90 ust. 3 powołanej ustawy.

Przystępujący doręczył Zamawiającemu wyjaśnienie (pismo datowane na 28 października 2010 r.) faksem w dniu 29 października 2010 r., o godzinie 9.27.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

- 1. Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu podania nieprawdziwych informacji lub niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Przystępującego, wskazując na naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Odwołujący zaprzeczył prawdziwości oświadczenia Przystępującego, który w załączonym do wykazu osób życiorysie zawodowym Pana Piotra Pazdana wskazano, iż Pan Piotr Pazdan pełnił, z ramienia „ECM Group Polska” Sp. z o.o., funkcję Lidera Zespołu przy zadaniu pn. „Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach”.

Izba zważyła, że norma prawna wyrażona w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest normą iuris cogentis. Oznacza to, że zamawiający jest zobowiązany wykluczyć z udziału w postępowaniu wykonawcę, w stosunku do którego potwierdzi się zarzut podania nieprawdziwych informacji. Przy czym za nieprawdziwą informację należy uznać taką, która przedstawia odmienny stan od istniejącego w rzeczywistości.

Z uwagi na daleko idący skutek uznania złożonej w ofercie informacji za nieprawdziwą jakim jest obowiązek wykluczenia z udziału w postępowaniu, w orzecznictwie ukształtował się pogląd, że wykazanie nieprawdziwości oświadczenia wykonawcy wymaga przeprowadzenia dowodu, którego wiarygodność nie budzi wątpliwości i z którego w sposób jednoznaczny wynika, że oświadczenie wykonawcy jest niezgodne z rzeczywistością.

Stanowisko takie Krajowa Izba Odwoławcza zajęła m.in. w wyroku z dnia 10 czerwca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, w którym wskazała, że *„dla oceny podstaw wykluczenia istotne znaczenie ma tylko okoliczność, że informacja mająca rzeczywisty, realny wpływ na wynik postępowania jest niezgodna z rzeczywistością w sposób nie budzący żadnych wątpliwości. Gdyby w tej mierze istniały jakiegokolwiek wątpliwości, informacje byłyby niepełne, nie potwierdzałyby warunku udziału w postępowaniu, bądź zawierały nieścisłości zamawiający mógłby je wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp”*.

Ponadto niezbędnym jest, aby wykazane złożenie nieprawdziwych informacji miało lub mogło mieć w przyszłości wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Izba stwierdziła także, że ciężar dowodu co do podania przez Przystępującego informacji nieprawdziwych, a także iż złożenie tych informacji ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania spoczywał w niniejszej sprawie na Odwołującym, albowiem to on z faktu tego wywodził skutek prawny tj. obowiązek wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 188 ust. 1 ustawy Pzp strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na

poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony mogą przedstawiać, aż do zamknięcia rozprawy. Ponadto, zgodnie z art. 6 KC w związku z art. 14 ustawy Pzp ciężar udowodnienia faktu spoczywa na stronie, która z faktu wywodzi skutki prawne.

Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę, który nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu do ich złożenia w wyznaczonym terminie. W razie bezskutecznego upływu ww. terminu w myśl art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż inwestycja: Aktywacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach" nie była realizowana przez „ECM Group Polska” Sp. z o.o., lecz przez Odwołującego, zaś „ECM Group Polska” Sp. z o.o. (jako podwykonawca) opracowywało materiały przetargowe oraz kosztorys inwestorski dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy robót budowlanych. Okoliczność ta została przyznana przez Przystępującego na rozprawie. Pan Piotr P. z ramienia Przystępującego nie mógł więc pełnić funkcji lidera zespołu inspektorów nadzoru, albowiem to nie Przystępujący a Odwołujący pełnił na tym zadaniu funkcję Inżyniera Kontraktu. Powyższe znalazło potwierdzenie również w piśmie Urzędu Miasta Skierniewice z dnia 16.11.2010 r., złożonym przez Odwołującego na rozprawie. Z jego treści wynika, iż funkcję osoby kierującej zespołem nadzoru zajmowali Pan Jerzy T., Pani Barbara Ś., Pani Blanka N. Izba nie znalazła powodów do odmówienia wiarygodności temu pismu. Zostało ono podpisane przez Naczelnika Wydziału Realizacji Inwestycji, działającego z upoważnienia Prezydenta Miasta Skierniewice, co wynikało z treści pieczęci, zaś Prezydent Miasta Skierniewice był inwestorem przy zadaniu Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach.

Wykazanie zadania pn. „Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach” w życiorysie zawodowym Pana Piotra P. w rubryce „Opis zadań potwierdzających spełnianie wymogu” i wskazanie, iż pełnił przy tym zadaniu funkcję lidera zespołu stanowiło więc złożenie informacji nieprawdziwych. Istotnym było bowiem to, że Przystępujący w życiorysie Piotra P. nie wykazywał całości jego doświadczenia zawodowego, lecz tylko zadania, które miały potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, a warunkiem tym było kierowanie zespołem prowadzącym nadzór nad robotami budowlanymi. Wskazanie więc, iż Piotr P. zajmował stanowisko lidera zespołu sugerowało, iż kierował on zespołem inspektorów nadzoru, co nie było zgodne z rzeczywistością.

Izba stwierdziła jednakże, że złożenie tej informacji nieprawdziwej nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Jak bowiem wynika z wykazu osób i załączonego do niego życiorysu zawodowego Piotra P. oraz z odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, Zamawiający przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu nie brał pod uwagę doświadczenia Pana Piotra P. przy zadaniu pn. „Aktywizacja rozwoju gospodarczego w Skierniewicach”, albowiem pozostałe wykazane w życiorysie zadania pozwalają na przyjęcie, iż wymóg posiadania przez Piotra P. stosowanego doświadczenia został spełniony.

Odwołujący na potwierdzenie, iż podanie informacji nieprawdziwej może mieć wpływ na wynik postępowania wskazał w odwołaniu jedynie, iż nie wiadomo, czy i w odniesieniu do których z pozostałych zadań, jakie zostały wykazane w życiorysie Pana Piotra P. pełniona przez wzmiankowaną osobę funkcja obejmowała kierowanie zespołem prowadzącym nadzór nad robotami budowlanymi.

Dopiero na rozprawie Odwołujący sformułował zarzut, iż informacje dotyczące doświadczenia zawarte w życiorysie Piotra P. odbiegają od informacji żądanych przez Zamawiającego we wzorze wykazu osób. Wskazywał na rozprawie, że Przystępujący nie określił w życiorysie czasookresu uczestnictwa ww. osoby w inwestycji, a jedynie czasokres samej inwestycji. Ponadto podniósł, że okresy usług się pokrywają, nie wiadomo więc czy pan Piotr P. w całym okresie usługi pełnił wymaganą funkcję.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W tym miejscu należy zwrócić uwagę, że za zarzut nie może być uznane samo przytoczenie przez Odwołującego ustawowej przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp „iż nieprawdziwe informacje mogą mieć wpływ na wynik postępowania” i wskazanie, że być może również pozostałe usługi nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, bez uzasadnienia, skąd należy wywodzić takie wątpliwości.

Za zarzuty należy uznać oświadczenia wykonawcy, w których wykazuje on istnienie okoliczności faktycznych, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, rozumianą jako zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, które stanowią zarazem podstawę zgłaszanych żądań. Z tego względu nie wskazanie w odwołaniu okoliczności faktycznych na uzasadnienie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. „wpływu lub hipotetycznego na wyniku postępowania” stanowi o tym, iż zarzut ten został podniesiony dopiero na rozprawie.

Wobec braku możliwości rozpoznania zarzutu dotyczącego prawidłowości wykazania pozostałego doświadczenia Piotra P., z uwagi na jego niezgłoszenie w odwołaniu Izba uznała, że złożenie informacji nieprawdziwych w wierszu 6 życiorysu zawodowego Piotra P. nie miało i nie może mieć wpływu na wynik postępowania, albowiem pozostałe zadania pozwalają na przyjęcie, iż wymóg posiadania stosowanego doświadczenia został wykazany.

Z powyższych względów niezasadnym okazał się również zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Nie potwierdziło się więc naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

2. Zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu podania niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu

Izba nie podzieliła również stanowiska Odwołującego, iż pełnienie przez Pana Janusza L. funkcji inżyniera rezydenta / inspektora nadzoru robót konstrukcyjno – budowlanych na rzecz ECM Group Polska sp. z o.o. przy zadaniu „Modernizacja Zakładu Uzdatniania Wody Pitnej gospodarka osadami (kontrakt II), o wartości robót powyżej 2 mln zł brutto oznaczało nie wykazanie posiadania przez ww. osobę doświadczenia opisanego jako pełnienie funkcji inspektora nadzoru lub kierownika budowy/robót na co najmniej jednym zadaniu związanym z budową lub rozbudową Stacji Uzdatniania Wody o wartości brutto minimum 2 000 000 PLN.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż pojęcie modernizacji użyte w tytule inwestycji oznaczało, iż Janusz L. nadzorował jedynie remont. Izba zważyła, że o zakresie inwestycji nie świadczy wyłącznie tytuł nadany przez inwestora, lecz rzeczywisty zakres nadzorowanych robót. Izba zważyła, że w rzeczywistości usługa nadzoru obejmowała również roboty budowlane polegające na rozbudowie stacji uzdatniania wody. O powyższej okoliczności świadczył list referencyjny Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. w Rzeszowie z lutego 2008 roku, złożony przez Przystępującego na rozprawie. Zgodnie z jego treścią zadanie pn. modernizacja zakładu uzdatniania wody pitnej obejmowało: budowę pompowni popłuczyn i osadów, budowę pompowni przewałowej, budowę placu operacyjnego magazynowania osadu odwodnionego, budowę zespołu odstojników, budowę obiektu pras wraz z instalacją stabilizacji osadu cementem, budowę przewodów technologicznych. Znalazło to również potwierdzenie w treści SIWZ postępowania o udzielenie zamówienia w wyniku którego zawarto umowę na realizację tego zadania, również złożonej przez Przystępującego w trakcie rozprawy. W ocenie Izby przedstawione przez Przystępującego dowody świadczyły o tym, iż zakres nadzorowanych robót obejmował nie tylko remont ale i rozbudowę stacji uzdatniania wody, co odpowiadało treści warunku udziału w postępowaniu.

Z powyższych względów niezasadnym okazał się więc zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

3. Zarzut zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających nie podleganie wykluczeniu Przystępującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, iż złożenie przez Przystępującego odpowiedzi na wnioski o informacje Edwarda Józefa Plewa, Johna Fredericka Vincent, Chrisa Hartfield z Krajowego Komputera Policyjnego w Wielkiej Brytanii nie może być uznane za uczynienie zadość obowiązkowi złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wywodził, że w myśl § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Przystępujący powinien złożyć dokumenty zawierające oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, albowiem w Wielkiej Brytanii dla celów związanych z kwalifikacją podmiotową wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego nie wystawia się zaświadczeń dotyczących niekaralności osób.

W pierwszym rzędzie Izba stwierdziła, iż postępowanie o udzielenie przedmiotowego zamówienia jest postępowaniem o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, a zatem zgodnie z art. 26 ust. 1 Zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, obowiązkiem Zamawiającego wynikającym z art. 25 ust. 1 pkt 1 a także z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp było określenie w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazu dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Katalog dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które Zamawiający miał obowiązek żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia określa, wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zgodnie z § 2 ust. 2 powołanego rozporządzenia *„Jeżeli, w przypadku wykonawcy mającego siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, osoby, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, mają miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wykonawca składa w odniesieniu do nich zaświadczenie właściwego organu sądowego albo administracyjnego miejsca zamieszkania dotyczące niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 5-8 ustawy, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu*

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, z tym że w przypadku gdy w miejscu zamieszkania tych osób nie wydaje się takich zaświadczeń - zastępuje się je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania tych osób”.

Po drugie Izba stwierdziła, że Zamawiający wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 a także z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp w ogłoszeniu o zamówieniu ani w SIWZ nie żądał od wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium RP złożenia dokumentów o których mowa w powołanym wyżej § 2 ust. 2 Rozporządzenia. Zamawiający w pkt 9.5.2 SIWZ zażądał wprawdzie złożenia zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego miejsca zamieszkania albo zamieszkania osoby, której dokumenty dotyczą, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert - albo oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, jeżeli w miejscu zamieszkania osoby lub w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się takiego zaświadczenia. Jednakże wymóg ten dotyczył jedynie wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co wynikało wprost z pkt 9.5 SIWZ.

Legalną definicję wykonawcy zawiera art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, określając wykonawcę jako osobę fizyczną, osobę prawną, jednostkę organizacyjną nie posiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Odnosząc tę definicję do zawartego w pkt 9.5.2 postanowienia SIWZ sformułowania „wykonawca” stwierdzić należy, że to postanowienie jest adresowane do wyłącznie do wykonawców bądź będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi nie posiadającymi osobowości prawnej, indywidualizowanymi za pomocą siedziby bądź wykonawców będących osobami fizycznymi indywidualizowanymi za pomocą miejsca zamieszkania, których odpowiednio siedziba lub miejsce zamieszkania znajduje się poza granicami RP. W ocenie Izby dyspozycją tego postanowienia SIWZ nie są natomiast objęci członkowie zarządu wykonawcy, mającego siedzibę na terytorium RP. W świetle powyższego nie ulega wątpliwości, że członek konsorcjum Przystępującego AECOM sp. z o.o., który jest wykonawcą mającym siedzibę w Polsce, co wynika z załączonego do oferty odpisu z KRS, nie był objęty dyspozycją postanowienia pkt 9.5.2 SIWZ, gdyż nie jest wykonawcą mającym siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicą RP (por. wyrok KIO z dnia 6 lutego 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 110 /09, wyrok KIO z 8 grudnia 2009 r.

sygn. akt: KIO/UZP 1562/09, wyrok sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r. sygn. akt X Ga 2/07za oraz X Ga 4/07za).

Obowiązkiem Zamawiającego wynikającym wprost z art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest wskazanie w SIWZ wykazu dokumentów, jakie mają dostarczyć dokumenty w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W świetle ww. przepisu Zamawiający powinien wskazać wykonawcom jakie dokumenty powinni złożyć w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zażądał jednak złożenia przez wykonawców dokumentów, o których mowa w §2 ust. 2 rozporządzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zarzut Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w §2 ust. 2 Rozporządzenia jest niezasadny. Wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie mieli bowiem obowiązku złożyć tych dokumentów w niniejszym postępowaniu, albowiem Zamawiający, wbrew treści art. 25 ust. 1 pkt 1, 26 ust. 1, art. 36 ust. 1 pkt 6 nie żądał ich ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

4. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

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

Skład orzekający Izby w niniejszej sprawie podziela prezentowany w orzecznictwie pogląd, że *„za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień, tj. cenę wskazującą na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia przedmiotu zamówienia i jego wartość”*. Nie oznacza to jednak, że *każda oferta z ceną niższą od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT zawiera rażąco niską cenę.*” (por. wyrok KIO z 10 czerwca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 684/09).

Ponadto, w ocenie Izby, brak jest podstaw do określenia z góry, iż pewna procentowo określona różnica kwestionowanej ceny ofertowej w stosunku do wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego, czy też w stosunku do innych ofert uprawnia do stwierdzenia, iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Izba podziela pogląd, że oceny tej należy dokonywać w konkretnym przypadku, uwzględniając specyfikę danego przedmiotu zamówienia. Tym samym Izba podziela wyrażane wcześniej w orzecznictwie KIO stanowisko, iż *Dla uznania, że cena jest rażąco niska, nie jest wystarczające matematyczne*

określenie, że cena odbiega o określoną wartość (np. 20 %, 30 %, czy 60 %) od ceny innego wykonawcy, składającego ofertę w postępowaniu. Dla uznania, że cena jest rażąco niską konieczne jest wykazanie, że przy określonym przedmiocie zamówienia nie jest możliwe wykonanie zamówienia za oferowaną cenę, bez ryzyka ponoszenia strat przez wykonawcę." (Wyrok z dnia 13.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1492/08).

Brak uregulowania ustawowych definicji rażąco niskiej ceny, brak tejże definicji w dyrektywach jednoznacznie wskazuje na trudność i indywidualność tego zagadnienia. Jednocześnie sankcja odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia musi być poprzedzona przez Zamawiającego wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień – art. 90 ustawy. W myśl art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający, w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ustawa określa również sposób dokonywania oceny wyjaśnień wskazując, że oceniając je Zamawiający powinien brać pod uwagę czynniki o charakterze obiektywnym, wymieniając przykładowo takie czynniki jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Norma prawna wynikająca z art. 90 ust. 2 Pzp skierowana jest do zamawiającego. Wykonawcy nie muszą w swoich wyjaśnieniach wymieniać wprost czynników, o których mowa w przywołanym przepisie. Wykonawcy wolno opisać dowolne przyczyny uzasadniające rzetelną kalkulację ceny ofertowej, jednak pod warunkiem, że mają one charakter obiektywny, dający się zweryfikować.

Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył w wyznaczonym terminie żądanych przez Zamawiającego wyjaśnień. Taką samą decyzję zobowiązany jest podjąć Zamawiający, jeżeli w wyniku przeprowadzonej oceny złożonych przez wykonawcę wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami stwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp).

Jeśli chodzi o rozkład ciężaru dowodu, w postępowaniu przed Izbą znaczenie ma pozytywna, bądź negatywna ocena wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty. Jeśli zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień i dokonuje czynności odrzucenia oferty, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k. c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp), uzyskane wyjaśnienia potwierdzają

zaoferowanie ceny rażąco niskiej. Natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień, które zostały przez zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu spoczywa na odwołującym. Stanowisko to znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 roku, Sygn. akt XIX Ga 3/07, w którym sąd stwierdził, że *„Jeżeli zamawiający nie stwierdzi rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z innym wykonawcą obowiązują ogólne zasady dowodowe, w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne”*. Omawiany pogląd w zakresie ciężaru dowodu kształtuje się również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, przykładowo w wyroku z 17 października 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 1068/08 oraz z 12 października 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 1415/09.

Izba stwierdziła w pierwszej kolejności, że w okolicznościach niniejszej sprawy niezasadnym było odnoszenie cen ofertowych zaoferowanych przez Przystępującego do wartości szacunkowej zamówienia określonej przez Zamawiającego na poziomie 4.147.039,00 zł. Jak bowiem wynika z treści ofert złożonych przez wykonawców, tylko dwie spośród 7 złożonych ofert zbliżone były cenowo do wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, zaś trzy z nich, w tym oferta Przystępującego i Odwołującego były znacząco niższe od kwoty 3.000.000 zł. Oszacowana wartość zamówienia nie odzwierciedlała więc cen rynkowych, które kształtują się w wyniku naturalnego mechanizmu rynkowego, to jest ofert i transakcji na tym rynku dokonywanych. Wartość szacunkowa jest pochodną samodzielnego szacunku i przypuszczeń Zamawiającego, dokonywanego niejednokrotnie na podstawie analizy rynku, która nie musi być jednak powiązana z rzeczywistymi cenami, jakie na rynku są oferowane i możliwe do uzyskania.

W tej sytuacji, dokonując ustalenia, czy oferta złożona przez Przystępującego jest ofertą z ceną niewiarygodną i nierealistyczną Izba odniosła ją cen zaproponowanych przez innych wykonawców ubiegających się o zamówienie, a także do cen rynkowych podobnych zamówień. O zasadności stosowania takiego kryterium odniesienia wypowiedziała się wielokrotnie Izba oraz sądy.

Przykładowo, w wyroku z dnia 27.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 895/09) Izba zajęła stanowisko, iż *„(...) Aby móc stwierdzić, że cena oferty jest niewiarygodna, należy ją odnieść do cen rynkowych podobnych zamówień i ustalić, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest ceną rażąco niska w stosunku do cen obowiązujących na rynku tego rodzaju.”* W wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., wyrażono pogląd, iż *„Wobec braków enumeratywnie określonym w ustawie kryteriów jej oceny, jednym z nich jest relacja ceny proponowanej do cen rynkowych podobnych zamówień, a więc ocena, czy i w jaki*

stopniu proponowana cena od nich odbiega”. sygn. akt: X Ga 127/08). „Punktem odniesienia do ceny jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska, to taka która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu co cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Ciężar dowodu wykazania, że oferta (...) zawiera rażąco niską cenę spoczywa na skarżącym wykonawcy (art. 6 kc.) (...)”. (Wyrok SO w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08).

Izba nie rozpatrywała zarzutu niezłożenia przez Przystępującego wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie albowiem Odwołujący w trakcie rozprawy cofnął ten zarzut.

W pierwszej kolejności Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do zbyt ogólnego charakteru wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, co mogłoby być uznane za niezłożenie wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i uzasadniałoby odrzucenie oferty Przystępującego. Izba zważyła bowiem, że szczegółowość wyjaśnień zależy od rodzaju przedmiotu zamówienia. Przykładowo, w przypadku kontraktów na roboty budowlane występuje wiele policzalnych kosztów stałych (koszty materiałów, sprzętu, narzędzi), zatem stopień szczegółowości wyjaśnień musi być większy. Natomiast w przypadku umów zastępstwa inwestycyjnego mamy do czynienia przede wszystkim z elementami niemierzalnymi, nieweryfikowalnymi, albowiem zasadniczym elementem jest wynagrodzenie specjalistów, którzy wykonują czynności z zakresu zarządzania, kontroli i nadzoru, rozliczania. Oszacowanie ceny na etapie składania oferty nie jest możliwe z taką dokładnością jak w przypadku umów na dostawy czy roboty budowlane, lub usług innego rodzaju.

Wystarczającym było więc wskazanie takich okoliczności wpływających na wysokość ceny jak: realizacja wielu kontraktów, mająca wpływ na koszt biur i logistyki i koszty zatrudnienia personelu, doświadczenie pozwalające na zminimalizowanie ryzyk usługi, możliwość korzystania z upustów podczas uzyskiwania gwarancji lub polis ubezpieczeniowych, posiadanie zaplecza biurowo – logistycznego, biur regionalnych, stała współpraca z tymi samymi ekspertami, proponowanymi na stanowisko inspektorów nadzoru, zatrudnianie ich na podstawie umów cywilnoprawnych, zarządzanie czasem inspektorów pomiędzy kilkoma kontraktami realizowanymi na tym samym obszarze. Okoliczności te, w przypadku umowy na usługi zastępstwa inwestycyjnego mają charakter obiektywny.

Na uwagę zasługuje fakt, że podobną jak w wyjaśnieniach Przystępującego argumentację przemawiającą za należyтым skalkulowaniem ceny posłużył się również Odwołujący w złożonych przez siebie wyjaśnieniach, wskazując na ugruntowaną pozycję na

rynku, ilość i wartość wykonywanych zadań, wieloletnie doświadczenie w świadczeniu podobnych usług, okoliczność, iż obszar realizacji usługi jest mu znany, opracowanie perfekcyjnego systemu logistyki, dysponowanie liczną kadrą, realizowanie na terenie Polski wielu podobnych usług,

Ponadto uszczegółowienie wyjaśnień Przystępujący zawarł w załączonej do wyjaśnień kalkulacji ceny ujawniając wynagrodzenia osób wchodzących w skład zespołu nadzoru, a ponadto wykazał kwotę 160.000 zł rezerwy/zysku. Przedłożona przez Przystępującego w wyjaśnieniach kalkulacja nie potwierdza także, iż zaoferowano cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co uzasadniałoby również odrzucenie oferty Przystępującego an podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wynika ze złożonej przez Przystępującego kalkulacji wynagrodzenie specjalistów będzie miało charakter wynagrodzenia za usługę efektywnie wykonaną i rzeczywiste umowy zawarte z personelem nie będą odnosić się do czasu realizacji usługi, a do wykonanej usługi. Podane w kalkulacji kwoty są więc wartościami orientacyjnymi, zaś wskazany w kalkulacji termin realizacji zamówienia jest przewidywanym terminem zaangażowania personelu, co oznacza iż termin ten może się zmienić. Powyższy sposób kalkulacji był uzasadniony, albowiem w myśl § 3 ust. 5 wzoru umowy zamawiający przewidział możliwość skrócenia lub wydłużenia czasu realizacji usługi w zależności od rzeczywistego postępu robót. Przystępujący skalkulował cenę wynagrodzenia specjalistów zgodnie z przyjętą u siebie praktyką za całość wykonywanych przez nich obowiązków, uwzględniając stawki wynagrodzenia osób, z którymi Przystępujący współpracuje od lat.

W celu ustalenia, czy cena zaoferowana przez Przystępującego jest ceną nierealistyczną, co uzasadniałoby zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba dokonała analizy cen ofertowych zaproponowanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu oraz cen transakcyjnych w powoływanych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba stwierdziła, że cena ofertowa Przystępującego tj. 2.302.140,00 zł, różniła się od ceny ofertowej zaproponowanej przez Odwołującego jedynie o ok. 87 tys. zł. Odwołujący zaoferował bowiem wykonanie przedmiotu zamówienia za kwotę 2.389.980,00 zł. Cena ta nie odbiegała także znacznie od ceny zaoferowanej przez trzeciego z wykonawców tj. Safage S.A. Oddział w Polsce, który zaoferował cenę 2.646.180,00 zł. Różnica rzędu 3% pomiędzy ofertami Odwołującego i Przystępującego, będącymi profesjonalistami na rynku, już może nasuwać wniosek, że obydwie ceny są cenami wiarygodnymi i realistycznymi, skoro w wyniku niezależnej kalkulacji oba podmioty wyceniły niemal identycznie koszt wykonania przedmiotu zamówienia.

Ponadto, w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający podniósł, iż porównał ceny uzyskane w niniejszym postępowaniu do cen zaproponowanych z przeprowadzonym wcześniej postępowaniu na wybór inżyniera kontraktu dla zadania „budowa sieci wodociągowej w Otrębusach i Kaniach”. Wywodził, że koszt jednostkowy nadzoru nad budową jednego kilometra sieci kształtował się następująco:

- cena wykonawcy Safage S.A. w przywoływanym postępowaniu wyniosła 375.760 zł, co przy długości sieci 26 km daje 14.452,31 zł/1km/,
- ceny zaoferowane przez Przystępującego i Odwołującego przy długości sieci 118,5 km kształtują się na poziomie odpowiednio 19.427,34 zł i 20.168,61 zł/1km.

Prawdziwości przywoływanych w odpowiedzi na odwołanie cen rynkowych nie zaprzeczył na rozprawie Odwołujący. O tym, iż na podobnym poziomie kształtują się ceny rynkowe świadczą również usługi, o których wspomniał w swych wyjaśnieniach Odwołujący. W świetle powyższego Izba uznała, że relacja ceny proponowanej do cen rynkowych podobnych zamówień, prowadzi do wniosku, iż proponowana cena od nich odbiega.

Analiza porównawcza cen zaproponowanych przez Przystępującego a także cen transakcyjnych w podobnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego doprowadziła do wniosku, iż cena ofertowa zaproponowana przez Przystępującego nie jest ceną nierealistyczną i niewiarygodną, stwarzającą zagrożenie że zamówienie zostanie wykonane poniżej ceny rynkowej.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga również, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, z założenia uwzględniającym postulat szybkości i koncentracji materiału dowodowego – zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne najpóźniej do końca rozprawy. Natomiast art. 191 ust. 2 ustawy stanowi, iż wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Uwzględniając zasadę ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 Kc, nie uznano za udowodnioną przez Odwołującego tezę o wystąpieniu ceny rażąco niskiej – Odwołujący nie przedstawił żadnych rozstrzygających dowodów, które pozwoliłyby potwierdzić stanowisko Odwołującego i przyjąć jakie jest rzeczywiste minimum kosztowe realizacji przedmiotowego zamówienia oraz na czym polega rażące zaniżenie ceny oferty wybranej w stosunku do cen rynkowych.

Odwołujący nie wykazał, że cena oferty Przystępującego jest nierealna w aktualnych warunkach rynkowych, niemożliwa z punktu widzenia logiki, doświadczenia i racjonalności decyzji ekonomicznych przedsiębiorstwa, nie uwzględnia w zaoferowanej cenie zwyczajowo branych pod uwagę czynników cenotwórczych i własnego zysku. Wyniki postępowania dowodowego nie wskazują na brak ekwiwalentności ceny oferty Przystępującego w stosunku

do przedmiotu zamówienia, zaoferowania wykonania zamówienia znacznie poniżej kosztów wytworzenia.

Niezasadnym okazał się więc podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, albowiem cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, zaś Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia Przystępującego. W konsekwencji niezasadnym okazał się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych w uzasadnieniu względów, nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący:

.....