

**WYROK**

**z dnia 14 sierpnia 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2012 r. przez **Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "PRZEM-GRI" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 3, 10-418 Olsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. K. Szamoty 42b, 07-100 Węgrów**

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. K. Szamoty 42b, 07-100 Węgrów i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "PRZEM-GRI" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 3, 10-418 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania,**
  - 2) zasądza od Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. K. Szamoty 42b, 07-100 Węgrów na rzecz Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego "PRZEM-GRI" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 3, 10-418 Olsztyn kwotę 13 600 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy)**

stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, 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 **Siedlcach**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. K. Szamoty 42b, 07-100 Węgrów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Rozbudowę oczyszczalni ścieków w Węgrowie -zad. I Etap II, realizowaną w ramach projektu pn. „Rozbudowa oczyszczalni ścieków, budowa i rozbudowa sieci kanalizacyjnej w Węgrowie i gminie Liw”.*

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 stycznia 2012 r., poz. 28192.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane "PRZEM-GRI" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 3, 10-418 Olsztyn (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 27 lipca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego, pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp,
- art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu tj. oferty Odwołującego.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, przystąpienie do ponownego badania i oceny ofert,
- unieważnienie czynności wyboru oferty firmy EKO - MTK Sp. z o.o.
- nakazanie ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Zamawiający w dniu 24 lipca 2012 r. poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania, odrzuceniu jego oferty oraz wyborze najkorzystniejszej oferty firmy EKO - MTK Sp. z o.o. Jako podstawę wykluczenia Odwołującego Zamawiający wskazuje art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, informując jednocześnie, że Odwołujący nie dostarczył na wezwanie Zamawiającego dokumentów, wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia, aktualnego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego, aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS, aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4-8 ustawy Pzp oraz aktualnej informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ustawy Pzp. Dokumenty te zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego były wymagane od podmiotów, z której wiedzy i doświadczenia Odwołujący korzysta, a które to podmioty wg Zamawiającego muszą brać czynny udział w realizacji przedmiotu zamówienia na zasadzie podwykonawstwa. Fakt nie spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia był już przedmiotem odwołania, w wyniku którego Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem Sygn. Akt KIO 1116/12 z dnia 14 czerwca 2012 r. uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnić czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnić czynność odrzucenia jego oferty, oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Jednocześnie Izba uznała, że ze strony Zamawiającego brak było podstawy do wykluczenia a zarazem odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący podniósł, że Zamawiający pomimo wyroku KIO, dalej uznawał nie zgadzał się z uzasadnieniem wyroku KIO. Na niniejszy wyrok przysługiwała Zamawiającemu możliwość wniesienia skargi do Sądu Okręgowego, czego faktycznie nie zrobił. Dlatego też wyrok w tej sprawie powinien zostać przez Zamawiającego o wykonany. Według Zamawiającego nie złożenie dokumentów podmiotów, z której wiedzy i doświadczenia Odwołujący będzie korzystał, a które to podmioty nie będą realizować części zamówienia w postaci podwykonawstwa kwalifikuje Odwołującego do wykluczenia z powodu nie przedłożenia dokumentów a tym samym nie spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W wyniku wykluczenia Odwołującego, Zamawiający dokonał też odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający ponadto odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W dniu 5 lipca 2012 r. Odwołujący został

wezwany na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty podał m.in. że wyjaśnienia Odwołującego nie zawierają wiarygodnych przesłanek, które mogłyby uzasadnić fakt skalkulowania ceny podstawowych planowanych robót budowlanych (remont i modernizacja dwóch istniejących osadników wtórnych) w wysokości 181 522,00 zł netto, co stanowi zaledwie 26,8% ceny zawartej w kosztorysie inwestorskim, a zaniżona w stosunku do kosztorysu inwestorskiego kalkulacja ceny robót na osadnikach wtórnych spowoduje, że cena oferty jest o ponad 16 % niższa od ceny drugiej w kolejności oferty jak i od ceny z kosztorysu inwestorskiego. Według Zamawiającego Odwołujący nie odniósł się do całej branży budowlanej, a jedynie do podanego przez Zamawiającego przykładu. Ponadto według Zamawiającego w pkt 15.3.k) SIWZ żądał, aby kompletna oferta zawierała - tabelę elementów scalonych, sporządzoną wg wzoru - zał. nr 10 do IDW. Zamawiający sam przyznał, że wymaganie to miało na celu możliwość zorientowania się na poziomie cen dla poszczególnych branż w przypadku chęci powierzenia ich realizacji podwykonawcom. Ponieważ ważny składnik prac budowlanych (remont istniejących osadników wtórnych) Odwołujący ma zamiar podzlecić, co wg Zamawiającego podzlecenie tych prac za cenę zbliżoną do rynkowej spowoduje stratę, która może doprowadzić do zakłóceń w harmonogramie realizacji inwestycji, z przekroczeniem końcowego terminu realizacji włącznie. Wg Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił merytorycznie, że cena Odwołującego jest ceną realną, mającą odzwierciedlenie w cenach robót budowlanych na terenie obszaru realizacji inwestycji, cenę oferty niższą o ponad 16 % od ceny kosztorysu inwestorskiego i ceny drugiego rozpatrywanego wykonawcy.

Odwołujący nadmienił, że w piśmie z dnia 5 lipca 2012 r. Zamawiający głównie skupił się na zapytaniu dotyczącym branży budowlanej - osadniki wtórne zawarte w tabeli elementów scalonych. Ponadto w swoim piśmie nie sprecyzował, jakie jeszcze inne elementy oferty należy wyjaśnić, które wg Zamawiającego mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

- W dniu 24 lipca 2012 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jak również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi, że oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy EKO - MTK Sp. z o.o.

Czynności wykluczenia wykonawcy: Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego "PRZEM-GRI" Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 3, 10-418 Olsztyn oraz odrzucenia jego oferty stała się przedmiotem niniejszego odwołania, wniesionego w dniu 27 lipca 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił - w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - przystąpienie żaden z wykonawców.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwa Inżynieryjno-Budowlanego "PRZEM-GRI" Sp. z o.o. jak również oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 27 lipca 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego nie zgłosił przystąpienia - w terminie przewidzianym w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp - żaden z wykonawców.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, t.j. zarzut nieuzasadnionego wykluczenia, z uwagi, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Bezspornym jest, że Odwołujący został wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Zamawiający wskazał, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie uzupełnił następujących dokumentów: a) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, b) aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, c) aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, c) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy Pzp, d) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego wykonawca wykazując spełnianie - kluczowego z punktu widzenia realizacji zamówienia - warunku udziału w postępowaniu, tj. w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego - zgodnie z pkt. 9.1.2 a) IDW oparł się wyłącznie na doświadczeniu podmiotów udostępniających mu - w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp - zasoby wiedzy i doświadczenia w zakresie „udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how” (zobowiązania spółek Metromex S.A. oraz Ekomelbud S.A.). W związku z powyższym wykonawca zobowiązany był do przedłożenia wraz z ofertą i pisemnymi oświadczeniami przywoływanymi powyżej podmiotów trzecich, także dokumentów formalno-prawnych dotyczących tychże podmiotów, wskazanych w pkt. 10.2 IDW. Wykonawca został poproszony zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz zgodnie z wymaganiami SIWZ do uzupełnienia ww. dokumentów. Wykonawca nie dopełnił czynności, do których został wezwany w określonym przez Zamawiającego terminie. Wyjaśnił jedynie, że „(...) oddanie do dyspozycji Wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez ww. firmy tj. Metromex S.A., ul. Towarowa 17 A z siedzibą w Olsztynie oraz przez EKOMELBUD S.A., ul. Lubelska 42 z siedzibą w Mrągowie, nie jest związane z uczestnictwem tych podmiotów w realizacji części zamówienia. Dlatego też nie przedkłada dokumentów wynikających z pkt. 10.13 SIWZ. Zdaniem Zamawiającego określenie „branie udziału” ma szersze znaczenie niż pojęcie „podwykonawstwo” i obejmuje również związanie wykonawcy i podmiotów trzecich, na których wiedzę i doświadczenie powołuje się umową „know-how”.

Ponadto Zamawiający zauważył, że firma Metromex S.A., ul. Towarowa 17 A z siedzibą w Olsztynie, która wg. złożonego oświadczenia miała zapewnić wiedzę i doświadczenie na zasadzie know-how na czas realizacji zamówienia jest spółką, wobec której prowadzone jest obecnie postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku dłużnika. Zatem stanowisko zaprezentowane przez wykonawcę prowadziło do obejścia przepisów ustawy Pzp. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 2b Pzp miało na celu stworzenie większej konkurencyjności na rynku zamówień publicznych. Nie sposób jednak uznać, zakładając racjonalność ustawodawcy, że norma wyrażona w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

miałaby w założeniu ustawodawcy prowadzić do obejścia przepisów zawartych w art. 24 ustawy Pzp i umożliwić podmiotom wykluczonym z uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia, uczestnictwo w nim poprzez innych wykonawców, którzy nie mają potrzebnej wiedzy i doświadczenia, zdolności finansowych czy osób zdolnych do wykonywania zamówienia. Taka wykładania celowości przepisu art. 26 ust 2 prowadziłaby do absurdałnej sytuacji, iż zamówienia publiczne tak naprawdę realizowałyby firmy, które z mocy prawa nie mogą brać udziału w ich realizacji. W związku z powyższym Zamawiający nie zgodził się z argumentami przytoczonymi przez wykonawcę, iż nie musiał przedstawiać dokumentów formalno - prawnych podmiotów, na których wiedzę i doświadczenie się powołuje wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu a Zamawiający powierzając realizację inwestycji musi wiedzieć czy wszystkie podmioty uczestniczące w wykonaniu umowy (w tym także świadczące doradztwo i konsultacje techniczne) są dopuszczone do uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała, że powyższy zarzut potwierdził się.

Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uznając, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu, t.j. nie przedstawił dokumentów podmiotowych dla podmiotu trzeciego – do czego w ocenie Zamawiającego był zobowiązany.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie w dniu 14 czerwca 2012 r. zapadł wyrok Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 1116/12, który rozstrzygnął kwestię zobowiązań podmiotów trzecich i jego udziału w realizacji zamówienia. Stwierdzono, że: *„W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego) oparł się na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, a mianowicie spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A., załączając do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu mu wiedzy i doświadczenia, zawierające jednoznaczne wskazanie, iż udostępnienie to nastąpi w zakresie: udostępnienia wiedzy i doświadczenia na zasadzie know-how (...).Odwołujący, powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A.),- a więc uzyskane przez ten podmioty referencje - jednoznacznie oświadczył, iż w realizacji zamówienia nie przewiduje udziału podwykonawców. Dotychczas – jak podkreślał na rozprawie - wielokrotnie korzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego i zawsze odbywało się to na zasadzie współpracy. W tym postępowaniu odbywać to się będzie na zasadzie doradztwa i konsultacji i dotyczyć to będzie bardziej organizacji budowy niż wykonywania prac sensu stricto. Odwołujący posiada bowiem doświadczenie w realizacji tego typu inwestycji lecz nieco mniejszych niż inwestycje,*



*jakich wymaga obecnie zamawiający. Tak więc przedłożone przez odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego wiedzę i doświadczenie odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez odwołującego. Odwołujący w sposób dostateczny, nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udowodnił, że wskazany podmiot trzeci odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia, co w ocenie Izby może nastąpić także w formie doradztwa czy też konsultacji. O powyższym świadczy bowiem zarówno treść zobowiązania spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A. odnośnie udostępnienia odwołującemu wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia, jak również konsekwentnie podnoszona przez odwołującego na rozprawie okoliczność, iż sam będzie realizował przedmiotowe zamówienie, nie przewidując podwykonawstwa, a co w świetle powyższych rozważań i obowiązujących w tym zakresie przepisów jest dopuszczalne”.*

W ocenie Izby uzasadnienie faktyczne wykluczenia Odwołującego w piśmie z dnia 24 lipca 2012 r. sprowadza się w duże mierzej do polemiki Zamawiającego z zapadłym w dniu 14 czerwca 2012 r. wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający nie zgadzając się z orzeczeniem Izby z dnia 14 czerwca 2012 r. (sygn. akt KIO 1116/12) mógł zakwestionować je, wnosząc skargę do właściwego Sądu Okręgowego.

Zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, jednakże nie unieważnił czynności wykluczenia oraz odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji ponownego badania i oceny ofert ponownie wykluczył Odwołującego oraz odrzucił jego ofertę również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe potwierdza również protokół z postępowania, z którego wynika, że Zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny ofert, nie kierował do wykonawcy – co potwierdzono również na rozprawie – żadnego pisma, z którego wynikałoby unieważnienie wcześniej podjętej decyzji – t.j. wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Ponadto Izba ustaliła również, że zgodnie z pkt 10.13 SIWZ „Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla wykonawcy, określonym w pkt 10.2 niniejszej IDW”.

Ponadto w orzeczeniu z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1116/12 Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie stwierdziła, że „Odwołujący, powołując się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego (spółek METROMEX S.A. oraz EKOMELBUD S.A.),- a więc uzyskane przez ten podmioty referencje - jednoznacznie oświadczył, iż w realizacji zamówienia nie przewiduje udziału podwykonawców. Dotychczas wielokrotnie korzystał z doświadczenia podmiotu trzeciego i zawsze odbywało się to na zasadzie współpracy. W tym postępowaniu

*odbywać to się będzie na zasadzie doradztwa i konsultacji i dotyczyć to będzie bardziej organizacji budowy niż wykonywania prac sensu stricte”.*

Zatem wobec powyższych ustaleń oraz zapadłego na tym gruncie orzeczenia KIO, skoro podmiot trzeci wskazany przez Odwołującego - wyłącznie w celu spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia – nie będzie brał bezpośrednio udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia należało uznać, że Odwołujący nie miał obowiązku przedkładania dokumentów podmiotowych dla wskazanego przez Odwołującego podmiotu trzeciego.

Ponadto powyższe Odwołujący również potwierdził w odpowiedzi na pismo Zamawiającego, stwierdzając że *„oddanie do dyspozycji Wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez ww. firmy tj. Metromex S.A, ul. Towarowa 17 A z siedzibą w Olsztynie oraz przez EKOMELBUD S.A, ul. Lubelska 42 z siedzibą w Mrągowie, nie jest związane z uczestnictwem tych podmiotów w realizacji części zamówienia. Dlatego też nie przedkłada dokumentów wynikających z pkt. 10.13 SIWZ”.*

Zatem biorąc pod uwagę powyższe okoliczności niniejszego stanu faktycznego należało uznać, że nie było podstaw, do żądania przedłożenia ww. dokumentów.

Odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego argumentu, że firma Metromex S.A., jest spółką, wobec której prowadzone jest obecnie postępowanie upadłościowe obejmujące likwidację majątku dłużnika, Izba uznała powyższy argument również – w niniejszym stanie faktycznym – jako nietrafny.

Izba ustaliła, że otwarcie ofert miało miejsce w dniu 17 kwietnia 2012 r., zaś upadłość powyższego podmiotu ogłoszono w dniu 19 czerwca 2012 r. (odpis z KRS firmy Metromex S.A.).

Izba wobec zawartych w orzeczeniu z dnia 14 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1116/12 ustaleń, że *„przedłożone przez odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego, na którego wiedzę i doświadczenie odwołujący powoływał się w ramach spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania tychże warunków przez odwołującego. Odwołujący w sposób dostateczny, nawet wprost przewidziany w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, udowodnił, że wskazany podmiot trzeci odda mu swoją wiedzę i doświadczenie do dyspozycji w okresie realizacji zamówienia, co w ocenie Izby może nastąpić także w formie doradztwa czy też konsultacji”* zatem bezsprzecznie należało uznać, że na moment składania ofert wykonawca wykazał Zamawiającemu spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a zdarzenia mające miejsce po upływie terminu składania ofert – który był dla Zamawiającego punktem odniesienia przy badaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu – w niniejszym stanie faktycznym, w szczególności wobec zapadłego na tym gruncie orzeczenia KIO nie mogą mieć wpływu na ocenę wiarygodności Odwołującego.

Co do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała, że powyższy zarzut znalazł potwierdzenie w niniejszym stanie faktycznym.

Nie ulega wątpliwości, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Zamawiający nie może automatycznie dokonać odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę. W przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny Zamawiający obowiązany jest do sprawdzenia każdej oferty mającej rażąco niski charakter pod względem składających się na nią elementów, następnie wystąpić o wyjaśnienia zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu (np. orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r., w sprawie T-495/04 Belfass przeciwko Radzie). Pogląd ten jest także akceptowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącym procedury ustalania, czy cena jest rażąco niska opisanej w art. 90 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia uznała, że powyższy zarzut potwierdził się. Argumentacja Odwołującego prowadzi do wniosku, iż postawione zarzuty mają swoje umocowania w niniejszym stanie faktycznym.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego w załączniku nr 10 do oferty - Tabela elementów scalonych - Branża budowlana, w większości pozycji Odwołujący zaproponował kwoty znacznie niższe od kwot wskazanych w kosztorysie inwestorskim czy też kwot wyszczególnionych w ofercie innego wykonawcy, np. pozycja nr 2 „Osadniki wtórne OB.9.1, 9.2, 28, 29, 30.1, 30, 2, 44” wskazano kwotę 181 522,00 zł netto. Kwota ta stanowi około 26,77% wartości kosztorysu inwestorskiego oraz około 8,32% kwoty wskazanej w ofercie innego z Wykonawców. Powyższe – w ocenie Zamawiającego – wskazywało na rażąco niską cenę zaproponowaną w ofercie przez Odwołującego.

W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez Odwołującego były wyczerpujące i wystarczające do uznania, iż nie zachodzą przesłanki do uznania ceny zaproponowanej za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba wzięła pod rozwagę wyjaśnienia Odwołującego, że zaproponowana przez Odwołującego cena jest niższa od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o

należny podatek VAT oraz od ceny oferty drugiego wykonawcy o ok. 16 %. Wybrany przez Zamawiającego element oferty z tabeli elementów scalonych poz. 2 osadniki wtórne - nie ma w sposób istotny wpływu na całość zaproponowanej przez wykonawcę ceny oferty, która jest ceną ryczałtową. Odwołujący wskazał, że prace konstrukcyjno-budowlane związane z modernizacją osadników wtórnych zaproponowano za cenę brutto w wysokości 223 272,06 zł, która jest ceną realną i wynika z doświadczenia w realizacji tego typu oczyszczalni. W głównej mierze wpływ na cenę miały następujące okoliczności:

- Odwołujący od wielu lat prowadzi działalność gospodarczą w branży sanitarnej, dlatego też zdobyte doświadczenie pozwala nam na realne oszacowanie kosztów wykonania robót objętych zamówieniem.
- dzięki renomie Odwołujący był w stanie wynegocjować korzystne ceny materiałów a także należy wziąć pod uwagę, że ceny usług na rynku obszaru warmińsko-mazurskiego są ok. 20% tańsze w stosunku do cen występujących na rynku woj. mazowieckiego, dlatego też cena za realizację tego elementu w przedmiotowej ofercie nie jest zaniżona.
- założono minimalny zysk, gdyż inwestycja ta zgodnie z planem ma być wykonana w okresie 15 miesięcy. Inwestycja taka gwarantuje zatrudnienie pracowników na okres zimowy, - brak strat z tytułu postojów.

Ponadto należy również zauważyć, że podana cena nie jest ceną zaniżoną czy relatywnie niską w stosunku do oferty innego wykonawcy czy też w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że szczególny nacisk położono na zbilansowanie robót konstrukcyjnych i ziemnych oraz optymalne wykorzystanie własnego sprzętu. Zaproponowana przez Odwołującego zatem cena nie jest ceną rażąco niską.

Ponadto sam Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w pkt. 25 dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny, wskazał m.in. że: - cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarów robót, jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia, wykonanie m.in.: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, towarzyszących i tymczasowych, obsługi geodezyjnej, doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego po zakończeniu realizacji robót budowlanych, jak również wszelkich innych czynności niezbędnych do wykonania i prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia, opłaty podatkowe, koszty transportu, wywozu śmieci powstałych podczas realizacji umowy, odwadnianie osadów z opróżnianych komór i inne).

Jeżeli bowiem wyjaśnienia w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny – powołując się na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej jak m.in. czynniki związane z kondycją firmy (np. wieloletnia obecność na rynku i

wpracowanie takich form zakupów i cen zakupów, a także grupy stałych dostawców wyrobów budowlanych, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy - to takie wyjaśnienia, choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, które to Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy udzielanych na wezwanie kierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zapytania Zamawiającego – należy zgodzić się z Odwołującym – że zapytanie Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny powinno odnosić się do całości zaproponowanej ceny, nie zaś wyłącznie do wybranych elementów i powinno być tak precyzyjne, aby wykonawca wiedział w jaki sposób ma udzielić Zamawiającemu odpowiedzi na zadane mu pytanie.

Ponadto Odwołujący – odpierając zarzuty Zamawiającego – zaznaczył, że cena oferty została skalkulowana w sposób należyty, jest ceną rynkową, adekwatną do zakresu przedmiotu zamówienia oraz gwarantującą prawidłową jego realizację. Uwzględnia wszystkie niezbędne koszty oraz gwarantuje zysk.

Nie ulaga wątpliwości, że ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również cena niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie generalnie nie występującą na rynku (np. wyrok SO w Katowicach z 30 stycznia 2007 XIX Ga 3/07) - co w niniejszym stanie faktycznym nie ma miejsca.

W konsekwencji powyższych wyjaśnień jak również stanowisk zaprezentowanych na rozprawie oraz wobec nieodparcia argumentacji przedstawionej przez Odwołującego należało uznać, że w świetle powyższego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznała, że postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zarzutem chybionym.

Zatem wobec powyższych ustaleń należało uznać, że Zamawiający powinien unieważnić czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz unieważnić

czynności odrzucenia jego oferty oraz dokonać ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zatem, konkludując, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....