

Sygn. akt: KIO 510/14

WYROK
z dnia 1 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Aqua-Port” Infrastruktura Techniczna sp. z o.o. w Gdańsku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. w Gdańsku**

przy udziale wykonawcy **Saur Neptun Gdańsk S.A. w Gdańsku**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Aqua-Port” Infrastruktura Techniczna sp. z o.o. w Gdańsku** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Aqua-Port” Infrastruktura Techniczna sp. z o.o. w Gdańsku** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. w Gdańsku - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „eksploatacja i konserwacja infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21 grudnia 2013 r. nr 2013/S 248-433783.

W dniu 7 marca 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne „Aqua-Port” Infrastruktura Techniczna sp. z o.o. w Gdańsku, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Saur Neptun Gdańsk S.A. w Gdańsku, zwanego dalej „przystępującym”.

W dniu 17 marca 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego, zaniechania czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż zawiera ona rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 2) art. 91 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503), poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty przystępującego, pomimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
- 3) art. 91 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1-3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego, pomimo iż nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu - tj.
 - a) dotyczące posiada uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia, np.: pozwolenia na wytwarzanie, transport i utylizację odpadów ropopochodnych;
 - b) dotyczące wiedzy i doświadczenia
 - c) dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty przystępującego,
- 2) jeżeli na dzień wyrokowania umowa z przystępującym zostanie zawarta - o unieważnienie umowy, względnie o stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołujący, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podniósł, że cena oferty przystępującego tj. 2.576.616,45 zł brutto - jest o 1.242.534,00 zł brutto mniejsza - aniżeli kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 3.819.150,00 zł brutto. Odwołujący wywiódł, że przystępujący w poprzednich latach wycenił wartość zamówienia na eksploatację i konserwację infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. wyżej, to jest w przetargu na rok 2013 - na kwotę 3.372.322,80 zł netto (podobnie w latach 2008-2012 - kwota wskazana przez przystępującego to 3.388.367,25 zł netto). Z kolei odwołujący zawsze składał oferty nieznacznie ponad granicę opłacalności, tj.:

- a) w latach 2008-2012 była to kwota: 2.340.000,00 zł netto;
- b) w roku 2013 była to kwota: 2.220.000,00 zł netto (ten rok przyniósł stratę spółce, co zmusiło spółkę do podwyższenia oferowanej ceny w roku bieżącym),
- c) w roku 2014 jest to aktualna oferta w kwocie: 2.400.000,00 zł netto.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący skalkulował koszty realizacji poszczególnych składników przedmiotu zamówienia stosując różne poziomy czynników cenotwórczych. Przykładem zaniżenia ceny są skalkulowane koszty dla realizacji składników przedmiotu zamówienia opisanych w następujących punktach tabeli oferty:

- a) nr 1 dot. eksploatacji całodobowej sieci kanalizacji deszczowej wraz z uzbrojeniem, odwodnieni liniowych, przyłączy do obiektów oraz wylotów do odbiornika,
- b) nr 3 dot. eksploatacji całodobowej sieci kanalizacji wraz z uzbrojeniem i osadnikami ścieków.

Odwołujący, w oparciu o KNR 405 Tom 2 (Katalog Nakładów Rzeczowych) dot. „Robót eksploatacyjnych zewnętrznych sieci, obiektów kanalizacyjnych” oraz wykaz majątku Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. przeprowadził kalkulację – jego zdaniem - minimalnych kosztów, związanych z realizacją składników nr 1 i nr 3 przedmiotu zamówienia. W wyniku powyższego podniósł, że minimalny miesięczny koszt eksploatacji sieci kanalizacji deszczowej - opisanej w pkt 1 tabeli cen to kwota 33.312,60 zł netto miesięcznie - co daje kwotę 399.751,20 zł netto rocznie. Z kolei minimalny koszt wykonania przedmiotu zamówienia określonego w pozycji nr 3 tabeli cen - wynosi 14.675,55 zł netto miesięcznie, tj. 176.106.60 zł netto rocznie. Odwołujący argumentował, że przy weryfikacji kosztów

określonych w tabeli cen w pozycji nr 1 i 3 - okazuje się, iż przystępujący zaniżył cenę wykonania usługi o kwotę 343.776,60 zł netto w skali 12 miesięcy.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołujący argumentował, iż przez zastosowanie ceny dumpingowej w spornej ofercie - poniżej kosztów opłacalności wykonania należytego przedmiotu zamówienia - przystępujący nieuczciwie wyeliminował odwołującą się spółkę. Przystępujący w większości składa się z kapitału francuskiego i – zdaniem odwołującego - najprawdopodobniej liczy na to, że jeżeli obecnie wygra przetarg, stosując cenę dumpingową wówczas odetnie skarżącego od głównego źródła dochodów, co może skutkować utratą płynności finansowej spółki i w kolejnym przetargu przystępujący nie będzie miał już konkurencji. Powyższe działanie oznacza sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców, tj. czyn z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący nie wykazał, iż posiada uprawnienia (pozwolenia) do wykonania przedmiotu zamówienia. Niezbędnymi uprawnieniami dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia są m.in. pozwolenia na wytwarzanie, transport i utylizację odpadów niebezpiecznych - w tym wypadku ropopochodnych - które zawsze zbierają się w kanalizacji deszczowej, której eksploatacja całodobowa jest przedmiotem zamówienia.

Zdaniem odwołującego przystępujący nie wykazał również, iż posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie - chociażby w zakresie eksploatacji sieci kanalizacji deszczowej. Przystępujący powołuje się w tym zakresie jedynie na zaświadczenie Prezydenta Miasta Gdańsk z którego wynika jedynie, iż firma posiada doświadczenie w eksploatacji 4,5 km kanalizacji deszczowej - jednakże nie wynika to z wykazu usług - gdzie figurują jedynie realizacje związane z usługami zbiorowego zaopatrzenia i odprowadzania ścieków sanitarnych.

Zdaniem odwołującego przystępujący nie wykazał dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia - do obsługi przedmiotu zamówienia potrzeba co najmniej 46 wykwalifikowanych pracowników, a przystępujący ujawnił w ofercie jedynie 3 osoby, natomiast w roku 2013 ujawnił tych osób łącznie 29.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Saur Neptun Gdańsk S.A. w Gdańsku. Wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

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

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną jako najkorzystniejsza. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy zaniechał wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano lub zaniechał odrzucenia tej oferty, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu wykonania tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

- 1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego z powodu zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia**
- 2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji**

Zarzuty nie są zasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako chybiony. Izba podkreśla akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”). Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że „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”. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne ustalenie przez zamawiającego, iż zaferowano cenę noszącą znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień.

Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należało ocenić jako niezasadne. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu. Uwzględnienie żądania odwołującego oznaczałoby, że Izba nakazałaby automatyczne odrzucenie oferty przystępującego z powodu zaferowanej przez niego ceny bez złożenia wyjaśnień. W tej sytuacji właściwym działaniem ze strony odwołującego, który zamierzał kwestionować sposób kalkulowania ceny przez konkurenta, powinno być sformułowanie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, oraz wykazanie odmiennych przesłanek zasadności tego zarzutu, a nie domaganie się automatycznego odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie jednak od powyższego Izba zbadała, że przywoływane przez odwołującego okoliczności faktyczne wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, który uzasadniałby odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, tj. sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Odwołujący bowiem uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwoływał się do okoliczności faktycznych przedstawionych w części odwołania dotyczącej naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wykazana przez odwołującego przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji, polegająca na działaniu „w celu eliminacji innych przedsiębiorców”, w tym przypadku odwołującego. Wobec takiego brzmienia przepisu, odwołujący zobowiązany był wykazać, że sprzedaż usług poniżej kosztów dokonywana jest z zamiarem eliminacji innego przedsiębiorcy, w tym przypadku odwołującego. W tym zakresie odwołujący powoływał się na to, że przystępujący miał być świadomy tego, że zaniżając cenę usługi odepnie skarżącego od głównego źródła dochodów, co może skutkować utratą płynności finansowej spółki. O powyższych informacjach zdaniem odwołującego przystępujący miał powziąć wiadomość w trakcie sporządzenia audytu bieżącego stanu urządzeń i instalacji wodociągowej, kanalizacji sanitarnej i deszczowej na terenie MPH Gdańsk, jaki w 2011 r. wykonywał na rzecz zamawiającego.

Zamawiający okazał w trakcie rozprawy oryginał tego audytu, jak również oryginał zlecenia jego wykonania, który zawierał zestawienie dokumentów, jakie zamawiający przekazał przystępującemu celem sporządzenia audytu.

Z oryginału audytu wynikało, że celem tego opracowania było rozpoznanie bieżącego stanu infrastruktury urządzeń i instalacji wod-kan (sanitarnej i deszczowej) zamawiającego. Opracowanie to zostało wykonane na podstawie zlecenia Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. z 8.11.2011 r. Powyższe okoliczności wynikały ze str. 2 audytu. Jeżeli chodzi o dokumenty, które wykazywały jakikolwiek związek z odwołującym, to Izba stwierdziła, że do audytu załączono umowę zamawiającego z odwołującym z 29.07.2008 r. nr 10/G/TE/2008 na konserwację i eksploatację infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej wraz z załącznikami i aneksami, protokoły z 30.11.2011 r. sporządzone przez zamawiającego i odwołującego z wykonania prac związanych z realizacją w/w umowy a dotyczące sieci wodociągowej, ujęcia wody, oczyszczalni ścieków, przepompowni, sieci kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej. Audyt zawierał również analogiczne protokoły z 28.10.2011 r., harmonogram przeglądów w I i II półroczu 2011 roku, wyniki badania wód sporządzone przez odwołującego z 05.12.2011r., wynik bakteriologicznego badania wody. Również z okazanego oryginału wykazu dokumentów, jakie były przekazane przystępującemu na potrzeby sporządzenia omawianego audytu, stanowiącego załącznik do zlecenia nie wynikało, jakoby przystępujący mógł z nich powziąć informacje na temat sytuacji finansowej lub ekonomicznej odwołującego. Również ze str. 28 audytu, obejmującego wnioski audytu wynikało, że opracowania tego nie sporządzano na podstawie dokumentów, które mogłyby odnosić się do okoliczności obejmujących wrażliwe dane odwołującego.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że wszystkie ww. dokumenty mają charakter jawny. Jawny bowiem charakter mają umowy w sprawie zamówień publicznych a taką była umowa z 29.07.2008 r., czy protokoły generowane w trakcie realizacji tych umów, które dodatkowo podlegają udostępnieniu na każde żądanie uprawnionych organów administracji. Z dokumentów tych w żaden sposób nie można wywnioskować danych odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej odwołującego, a zwłaszcza świadczących o tym, że umowa łącząca odwołującego z zamawiającym jest jego głównym źródłem dochodów.

W dalszej kolejności stwierdzono, że nie potwierdziła się przesłanka czynu nieuczciwej konkurencji co do sprzedaży przez przystępującego usługi poniżej kosztów jej świadczenia.

Nie prowadził do takiego ustalenia argument odwołującego, że przystępujący w poprzednich latach składał oferty na eksploatację i konserwację infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej z ceną wyższą. Odwołujący wskazał, że w przetargu na lata 2008-2012 przystępujący zaoferował cenę na poziomie 3.388.367,25 zł netto, zaś w przetargu na rok 2013 – kwotę 3.372.322,80 zł, podczas gdy w obecnym postępowaniu – cenę na poziomie 2.094.810,12 zł netto. Ustaleń czy wykonawca sprzedaje usługi poniżej kosztów wytworzenia dokonuje się w analizowanym postępowaniu, na tle warunków udziału w postępowania oraz opisu przedmiotu zamówienia określonych w bieżącej SIWZ, a nie w odniesieniu do historycznych postępowań. Powyższa okoliczność mogła również dobrze świadczyć o tym, że w poprzednich latach przystępujący kalkulował ceny na poziomie wyższym od minimalnego, albo nie dysponował ówczesnymi czynnikami np. nowocześniejszym sprzętem, które umożliwiły mu obniżenie ceny w aktualnym postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z dokumentu w postaci SIWZ i protokołu z historycznego postępowania nr NP/IZS/2012/102 prowadzonego przez zamawiającego uznając, że okoliczności faktyczne mające być przedmiotem dowodu z tych dokumentów zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Nie prowadziło do ustalenia, że przystępujący oferuje usługi za cenę poniżej kosztów jej świadczenia to, że cena przystępującego na poziomie 2.576.616,45 zł brutto odbiegała od kwoty, jaką zamawiający przeznaczył na finansowanie zamówienia., tj. 3.819.150 zł brutto. Jak wynikało z protokołu postępowania, zamawiający wartość tę obliczył wyłącznie na podstawie swych planów budżetowych na rok 2014 r. (protokół postępowania, pkt 2 i 8). Jak wynika z powyższego, zamawiający nie uwzględniał zatem przy swym szacunku kwot, jakie w ubiegłych latach płacił za realizację zbliżonej usługi. Przy szacunku pominięto planowane

wynagrodzenie wykonawcy z tego umowy, które to wynagrodzenie w myśl art. 32 ust. 1 ustawy Pzp winno być podstawą szacunku zamawiającego. Natomiast kwoty jakie wydawano na realizację analogicznej usługi w ubiegłych latach były znacznie niższe. Przykładowo za realizację usługi w 2013 r. zamawiający zapłacił odwołującemu kwotę 2.220.000,00 zł netto, a więc kwotę znacznie poniżej budżetu wskazanego w protokole. Wreszcie również cena zaoferowana przez odwołującego (2.400.000,00 zł netto) była znacznie niższa od szacunków zamawiającego. Powyższe argumenty przemawiały zdecydowanie za koniecznością odrzucenia kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na finansowanie zamówienia jako wiarygodnego punktu odniesienia przy rozważaniach odnośnie zamiaru wykonywania przez przystępującego usługi za cenę poniżej kosztów jej świadczenia.

Z kolei ustaleniu, że przystępujący oferuje usługę poniżej kosztów jej świadczenia świadczyło porównanie ceny tej oferty z ceną oferty odwołującego. Podkreślenia wymaga fakt, że cena oferty przystępującego różniła się od ceny odwołującego jedynie o 12 %, zaś nie ulegało wątpliwości, że odwołujący swą cenę kalkulował niezależnie od przystępującego i w warunkach konkurencyjnych.

Nie świadczyła o oferowaniu przez przystępującego usługi poniżej kosztów jej świadczenia opracowana przez odwołującego kalkulacja kosztów dla pozycji 1 i 3 formularza cenowego. W punkcie nr 1 formularza cenowego, dot. „Eksploatacji całodobowej sieci kanalizacji deszczowej wraz z uzbrojeniem, odwodnieni liniowych, przyłączy do obiektów oraz wylotów do odbiornika” przystępujący przedstawił kwotę miesięczną w wysokości 14.701,88 zł netto a za okres 12 miesięcy kwotę 176.422,56 zł netto. Z kolei w punkcie nr 3, formularza, dot. „Eksploatacji całodobowej sieci kanalizacji wraz z uzbrojeniem i osadnikami ścieków” przedstawiono kwotę miesięczną w wysokości 4.638,22zł a za okres 12 miesięcy kwotę 55.658,64 zł netto.

Odwołujący powołując się na sporządzoną przez siebie kalkulację wywodził, że minimalny miesięczny koszt eksploatacji sieci kanalizacji deszczowej - opisanej w pkt 1 wykazu - to kwota 33.312,60 zł netto miesięcznie - co daje kwotę 399.751,20 zł netto rocznie. Natomiast minimalny koszt wykonania przedmiotu zamówienia określonego w pozycji nr 3 - wynosi 14.675,55 zł netto miesięcznie, tj. 176.106.60 zł netto rocznie.

Uszło uwadze odwołującego, że zgodnie z postanowieniami SIWZ oraz wzoru umowy w sprawie umowy o wykonanie zamówienia publicznego, wynagrodzenie jakie otrzyma wykonawca wykazywało cechy wynagrodzenia ryczałtowego. Powyższe wynikało z pkt 12 SIWZ, w którym zastrzeżono iż „cena musi obejmować wszystkie elementy cenotwórcze realizacji zamówienia, w szczególności: wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją zamówienia, zysk wykonawcy, podatki, opłaty oraz ewentualne pozostałe elementy”.

Ponadto, w myśl pkt 13 SIWZ jedynym kryterium oceny ofert była ogólna cena oferty brutto. Zamawiający nie przewidział również rozliczania cenami jednostkowymi z tabeli zamieszczonej w formularzu ofertowym, w szczególności stawkami z pozycji 1 i 3 tej tabeli.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tak Izby jak i Sądów okręgowych, w sytuacji ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, gdy jedynym kryterium oceny ofert odnoszącym się do wynagrodzenia była łączna cena ofertowa, to co dzieje się niejako „wewnątrz ceny łącznej” jest bez znaczenia. Wykonawca ma bowiem możliwość pokrycia ewentualnych niedoborów w jednej pozycji formularza poprzez oszczędności w innych pozycjach. Zatem nawet ustalenie, że nie zostały doszacowane wartości pozycji 1 i 3 formularza cenowego, nie prowadziło do wykazania, że cała usługa jako całość świadczona będzie poniżej kosztów. Dostrzeżenia w tym kontekście wymagało to, że w wielu innych pozycjach formularza, ceny jednostkowe oferowane przez przystępującego były znacznie wyższe od cen odwołującego. Przykładowo dla pozycji 8 „eksploatacja całodobowa ujęć wody na Basenie Górniczym i w Porcie Północnym” przystępujący zaoferował cenę 675.795,84 zł, zaś dla pozycji 9 „pełnienie dobowego pogotowia” – cenę 212.503,44 zł. Podkreślenia wymaga fakt, że kwoty te były odpowiednio około czterokrotnie i dwukrotnie wyższe od cen oferowanych przez odwołującego (180.000 zł i 108.000 zł).

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony – pana Ryszarda Olszewskiego - członka zarządu odwołującego oraz wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu rachunkowości uznając, że wnioski dowodowe zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Co do wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego Izba stwierdziła, że przeprowadzenie takiego dowodu na okoliczność minimalnych kosztów potrzebnych do należytego wykonania zamówienia w oparciu o katalog nakładów rzeczowych KNR 4052/101/1 w zakresie akcentowanych przez odwołującego pozycji 1 i 3 formularza cenowego nie może doprowadzić do wykazania zasadności zarzutu.

Po pierwsze nie istnieją jednolite dla wszystkich wykonawców minimalne koszty potrzebne do należytego wykonania usługi. Wykonawcy kalkulują swe ceny biorąc pod uwagę dostępne im indywidualnie czynniki: sytuację finansową, ekonomiczną, potencjał sprzętowy, kadrowy, przyznaną pomoc publiczną, szczególnie korzystne warunki świadczenia usługi itp. Na okoliczności te wskazuje ustawodawca choćby art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Tymczasem indywidualne okoliczności oferowania takiej a nie innej ceny przez przystępującego – zgodnie z tezą dowodową - nie miały być przedmiotem zainteresowania biegłego.

Po wtóre, Katalog Nakładów Rzeczowych (KNR), który miał być podstawą opinii i w oparciu o który biegły miał przyjąć wielkość potrzebnych nakładów, obrazuje jedynie

szacunkowe wielkości nakładów i to w ujęciu standardowym. Dla przykładu w oparciu o nakłady przewidziane w Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR) nr 4052/101/1 dot. „Robót eksploatacyjnych zewnętrznych sieci, obiektów kanalizacyjnych” w swej kalkulacji odwołujący oszacował nakłady w myśl KNR odnoszące się do samochodów WUKO-SC i WUKO-SW. Tymczasem, jak wyjaśnił przystępujący w trakcie rozprawy, samochody te są pojazdami starszego typu, których nie posiada. Wskazał, że dysponuje samochodami dwu i trójfunkcyjnymi z opcją odzysku wody, które mogą zastąpić dwa tradycyjne pojazdy.

Po trzecie, ustalenie opłacalności jedynie dwóch z dziewięciu pozycji formularza cenowego nie mogło doprowadzić do wykazania, iż wykonawca oferuje usługę poniżej kosztów jej świadczenia. Treść opinii mogłaby co najwyżej doprowadzić do ustalenia, że koszty dwóch pozycji formularza są skalkulowane z niedoborem, co nie jest jednoznaczne że usługa świadczona ma być poniżej kosztów. Jak bowiem wskazano wcześniej, przy wynagrodzeniu ryczałtowym istnieje możliwość pokrycia niedoborów w jednej pozycji zyskami z innych pozycji formularza.

Z analogicznych powodów oddaleniu podlegał wniosek o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania strony – członka zarządu odwołującego. Ponadto nie zostało wskazane, aby członek zarządu odwołującego posiadał jakiegokolwiek informacje na temat sytuacji ekonomicznej i finansowej przystępującego, jego zasobów sprzętowych czy kadrowych, przyjętych przez tego wykonawcę strategii biznesowych, dostępnych przystępującemu obiektywnych elementów umożliwiających obniżenie ceny, które to elementy w zakresie badania ceny są przedmiotowo istotne (por. art. 90 ust. 2 ustawy Pzp).

3. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności

Zarzut nie jest zasadny.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Są to jedynie warunki ogólne, blankietowe, których konkretyzacja może być dokonana przez zamawiającego poprzez opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 3 ustawy Pzp). W ramach opisu warunku z 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający może uznać, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy legitymujący się w szczególności koncesjami, zezwoleniami lub licencjami, jeżeli z przepisów prawa wynika obowiązek ich posiadania i

nałożyć na nich obowiązek złożenia takich dokumentów (por. art. 25 ust. 1 , art. 25 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane Dz. U. poz. 231 ze zm.).

Izba ustaliła, że w analizowanej sprawie zamawiający nie dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności. Powyższe wynikało w sposób jednoznaczny z postanowienia pkt 5.1.1 SIWZ, w którym zamawiający wskazał, że zamawiający nie precyzuje w tym zakresie żadnych wymagań. Również w pkt 6 SIWZ, obejmujący wskazanie katalogu dokumentów, jakie wykonawcy obowiązani są złożyć celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, nie wymagano składania żadnych koncesji, zezwoleń lub licencji. W szczególności zaś zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy złożyli wraz z ofertą pozwolenie na wytwarzanie, transport i utylizację odpadów niebezpiecznych, jak wywodził w odwołaniu odwołujący. W konsekwencji zaniechania przez zamawiającego opisu warunku z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przystępujący nie miał obowiązku składania ww. pozwolenia. Uszło uwadze odwołującego, że jak wynika z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca obowiązany jest wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie i na żądanie zamawiającego.

Żądanie zamawiającego przejawia się w zaś w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku i katalogu dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia tak opisanego warunku. Jednakże, jak wynikało z przywołanych postanowień SIWZ, żadnych żądań w tym zakresie nie sformułowano. W konsekwencji przystępujący nie miał obowiązku składania wraz z ofertą pozwoleń, na które powoływał się odwołujący.

Podkreślenia wymaga również to, że czym innym są warunki udziału w postępowaniu, które wykazuje się na etapie ofertowania a czym innym jest opis przedmiotu zamówienia. Z postanowienia pkt 5.37 załącznika nr 1 do SIWZ wynikało, iż wykonując usługę wykonawca zapewne stosownie pozwolenie na wytwarzanie odpadów będzie musiał posiadać. Jednakże nie było obowiązku załączania takiego pozwolenia do oferty celem wykazania warunku udziału w postępowaniu, gdyż taki warunek nie został przez zamawiającego opisany.

Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

4. Zarzut naruszenia art. 24.ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z powodu nie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zarzut nie jest zasadny.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia został przez zamawiającego opisany, stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, w pkt 5.1.3 SIWZ. Stosownie do powołanego postanowienia wykonawcy obowiązani byli wykazać dysponowanie osobami posiadającymi następujące kwalifikacje:

- a) osoba posiadająca uprawnienia budowlane w specjalności sanitarno-inżynierskiej z zakresu sieci wodociągowo-kanalizacyjnej,
- b) elektryk dla obsługi wyposażenia elektrycznego i sterowania infrastrukturą wodociągowo-kanalizacyjną posiadający uprawnienia kwalifikacyjne w zakresie eksploatacji do 1 kV,
- c) automatyk dla obsługi wyposażenie elektrycznego i sterowania infrastrukturą wodociągowo-kanalizacyjną.

Celem potwierdzenia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wykaz osób, w którym należało podać dane osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, zgodnie z zapisami pkt 7 OPZ. Z kolei w pkt 7 OPZ przywołano również wymogi dot. ww. osób.

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz, w którym wykazał dysponowanie elektrykiem, automatykiem oraz osobą posiadającą wymagane uprawnienia budowlane, czym wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Podkreślenia wymaga, że z punktu widzenia opisanego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu nieistotnym było to, jaka jest niezbędna liczba pracowników dla prawidłowej realizacji zamówienia. Oczywistym i niespornym pomiędzy stronami było to, że dla należytego wykonania przedmiotu zamówienia konieczne będzie zaangażowanie znacznie większej liczby osób, aniżeli ta która była wymagana w myśl opisanego warunku. Jednakże zamawiający w ramach opisu warunku z 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprzestał na wymogu wykazania dysponowania ww. trzema osobami. Nie zażądał w szczególności wykazania dysponowania całą kadrą, która będzie konieczna do wykonania zamówienia. Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należało uznać za chybiony. Jak bowiem wynika z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca obowiązany jest wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie i na żądanie zamawiającego.

5. Zarzut naruszenia art. 24.ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego z powodu nie wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia

Zarzut nie jest zasadny.

Stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wiedzę i doświadczenie. Warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia został przez zamawiającego opisany, stosownie do art. 22 ust. 3 ustawy Pzp, w pkt 5.1.2 SIWZ. Stosownie do powołanego postanowienia wykonawcy obowiązani byli wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali co najmniej 2 usługi o wartości nie mniejszej niż 1.500.000,00 zł brutto, polegające na wykonywaniu przez okres co najmniej 12 miesięcy (każda) eksploatacji i konserwacji infrastruktury wodociągowo-kanalizacyjnej, w zakres której wchodziły wymienione poniżej rodzaje obiektów:

- a) systemy sieci kanalizacji deszczowej,
- b) sieci kanalizacji sanitarnej,
- c) przepompownie ścieków,
- d) oczyszczalnie ścieków,
- e) ujęcia wód podziemnych,
- f) sieci wodociągowe wraz ze stacjami cyrkulacyjnymi i punktami do wydawania wody oraz urządzenia i obiekty inżynierskie.

Jeżeli wykonawca nie zrealizował 2 usług obejmujących łącznie wszystkie ww. zakresy, może wykazać nabycie wiedzy i doświadczenia poprzez zsumowanie zamówień wyczerpujących ww. wykaz obiektów, pod warunkami:

- łączna wartość każdej z 2 zsumowanych usług nie może być mniejsza niż 1.500.000,00 PLN (bez VAT),
- w każdej z 2 zsumowanych usług musi być jedno zamówienie o wartości nie mniejszej niż 750.000,00 zł (bez VAT).

Przystępujący złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wskazał na doświadczenie w:

- 1) realizacji usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków dla Miasta Gdańska.
 - a) w okresie 2011 r. – na kwotę 203.111.591 zł,
 - b) w okresie 2012 r. – na kwotę 215.593.653 zł,
 - c) w okresie 2013 r. – na kwotę 221.582.472 zł.
- 2) realizacji usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków dla Miasta Sopot:
 - a) w okresie 2011 r. – na kwotę 17.221.782 zł,
 - b) w okresie 2012 r. – na kwotę 18.757.851 zł,
 - c) w okresie 2013 r. – na kwotę 18.887.024 zł.

Do wykazu załączono zaświadczenia wystawione przez Prezydenta Miasta Gdańska z 28 stycznia 2014 r. i Prezydenta Miasta Sopot z 2 stycznia 2014 r.

Odwołujący kwestionował w odwołaniu brak wykazania doświadczenia przystępującego w zakresie eksploatacji i konserwacji systemów sieci kanalizacji deszczowej. Izba stwierdziła, że rzeczywiście z treści samego wykazu usług takie doświadczenie przystępującego w kwestionowanym zakresie nie wynikało. W wykazie jako przedmiot usług wskazywano na zbiorowe zaopatrzenia w wodę i odprowadzanie ścieków. Jednakże o tym, iż przystępujący w ramach usług wykonywanych na rzecz Miasta Gdańska w roku 2011, 2012 i 2013 r. wykonywał jednak eksploatację i konserwację systemów sieci kanalizacji deszczowej świadczyło zaświadczenie Prezydenta Miasta Gdańska z 28 stycznia 2014 r. Z dokumentu tego w sposób jednoznaczny wynikało, że w zakres usługi wchodziła również eksploatacja sieci kanalizacji deszczowej o długości 4,5 km. Tym samym przystępujący wykazał posiadanie doświadczenia w kwestionowanym przez odwołującego zakresie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że dla oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia brane są pod uwagę łącznie obydwie dokumenty składane przez wykonawcę, zarówno wykaz usług jak i zaświadczenia zleceniodawców. Skoro zamawiający, pomimo braku stosownej informacji w wykazie, miał jednak możliwość ustalenia, iż przedmiotem usług w latach 2011, 2012 i 2013 r. na zbiorowe zaopatrzenia w wodę i odprowadzanie ścieków dla Miasta Gdańska była również eksploatacja i konserwacja sieci kanalizacji deszczowej to zasadnie uznał, że warunek udziału w postępowaniu został przez przystępującego wykazany. Usługi te w każdym z lat 2011, 2012 oraz 2013 r. przewyższały kwotę 1,5 mln zł, dlatego należało uznać, że przystępujący wykazał doświadczenie w wykonywaniu nie tylko dwóch, ale trzech wymaganych usług. Wbrew stanowisku odwołującego przedstawionego w trakcie rozprawy, wymóg wartości usług na poziomie 1,5 mln zł nie dotyczył każdego rodzaju obiektu, mającego podlegać eksploatacji i konserwacji z osobna, lecz odnosił się do wartości całej usługi. Powyższa okoliczność wynikała w sposób jednoznaczny z literalnego brzmienia warunku.

Zgodnie z przepisem 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 wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 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: