

Sygn. akt: KIO 1859/14

WYROK

z dnia 25 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 września 2014 r. przez **J.K. Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach** w postępowaniu prowadzonym przez **Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o.**

przy udziale **wykonawcy INIKO Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża J.K. Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **J.K. Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach** 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 **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o. 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 pn: *„Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Radom - przygotowanie dokumentacji do III etapu. Kontrakty 1-4.”, prowadzonego przez Zamawiającego: Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o., z siedzibą 26-600 Radom, ul. Filtrowa 4.”*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 8 lipca 2014 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 lipca 2014 r. pod numerem 2014/S 132-236929.

J.K. Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 10 września 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie - w zadaniu nr 1 i 3 - na zaniechanie wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawcy INIKO Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie udzielenia zamówienia wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp;
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie nie wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp;
4. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie nie ustalenia, czy oferta złożona przez Wykonawcę INIKO Sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie nie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

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

1. unieważnienie czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. powtórzyć czynność badania i oceny ofert w zakresie spełniania warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp,
3. nakazanie Zamawiającemu czynności polegającej na zbadaniu ofert z rażąco niską ceną,
4. ponowne rozpatrzenie ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

Powyższe zarzuty stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez J.K. Engineering Sp. z o.o. z siedzibą w Pionkach. .

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy INIKO Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania 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 10 września 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (które wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2014 r.) wykonawcy INIKO Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (zwanego dalej: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „*Modernizacja i rozbudowa gospodarki wodno-ściekowej na terenie aglomeracji Radom - przygotowanie dokumentacji do III etapu. Kontrakty 1-4.*”, prowadzonego przez Zamawiającego: *Wodociągi Miejskie w Radomiu Sp. z o.o., z siedzibą 26-600 Radom, ul. Filtrowa 4.*”

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej również „SIWZ”) zawierała, między innymi następujące postanowienia:

Warunki w zakresie wiedzy i doświadczenia zostały określone przez Zamawiającego w odpowiednio dla zadań 1-4.

W przypadku zadania 1 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

— wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 4 km i kanalizacyjnej o długości minimum 20 km w tym co najmniej 1 km projektowanej sieci o średnicy 400 mm, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót
* dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej.

W przypadku zadania 2 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

- wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 8 km i kanalizacyjnej o długości minimum 20 km, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót.
*dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej.

W przypadku zadania 3 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

- wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 10 km i kanalizacyjnej o długości min. 15 km, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót.

* dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej.

W przypadku zadania 4 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

- wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 3 km i kanalizacyjnej o długości minimum 15 km, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót.

* dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej.

Podstawą wniesienia niniejszego odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 3 września 2014 r. dotycząca wyboru najkorzystniejszej oferty, t.j. oferty wykonawcy INIKO Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

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

Izba oceniając niniejszy zarzut - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Po pierwsze jak wskazał Zamawiający i Przystępujący co do zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący posłużył się prostym zestawieniem kwot wartości przeznaczonych na realizację zamówienia oraz zaoferowanych przez siebie cen i wskazaniem różnic procentowych. Należy zauważyć, że w niniejszym postępowaniu złożono tylko dwie oferty, zatem trudno mówić o ofercie Odwołującego, jako racjonalnej podstawie do wyliczenia średniej cen w postępowaniu, która ewentualnie mogłaby stanowić punkt odniesienia do porównania. Ponadto oprócz informacji na temat doświadczenia własnego oraz znajomości topografii terenu, na którym realizowana będzie inwestycja, Odwołujący nie przedstawił argumentacji uzasadniającej odrzucenie najtańszej i najkorzystniejszej oferty oraz podjęcie przez Zamawiającego decyzji skutkującej wydatkiem wyższym o ponad 1,5 miliona złotych. Odwołujący pominął fakt, iż Zamawiający dochowując zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania musi dokonać oceny ofert na podstawie postanowień SIWZ, a także wiedzy na temat swoich własnych doświadczeń w zakresie możliwości realizacji podobnych zamówień.

Zgodzić należy się, iż nie przedstawiono żadnych dowodów, na okoliczność, że Przystępujący nie jest w stanie zgodnie z wymaganiami Zamawiającego wykonać zamówienie. Określone przez Zamawiającego wymagania co do sposobu obliczenia ceny wskazują na jej ryczałtowy charakter. Zgodnie z ust. 24 pkt 3 SIWZ: Cena podana w ofercie obejmuje wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami i wytycznymi stawianymi przez Zamawiającego, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty w tym podatek VAT. Jak wskazał Przystępujący składają ofertę może dowolnie kreować ceny w niej zawarte, chyba że stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji lub są cenami nierealnymi, za które nie można wykonać zamówienia. Zatem opieranie zarzutu na okoliczności, iż wycena dokonana przez Zamawiającego lub Odwołującego jest wyższa od zaoferowanej przez wykonawcę ceny ofertowej nie przesądza o rażąco niskiej cenie a istniejące różnice należy zatem uznać za zjawisko rynkowe.

Ponadto – co jest utrwalone w orzecznictwie KIO - to Zamawiający, kierując się swoją wiedzą i doświadczeniem, rozeznaniem rynku oraz informacjami zawartymi w ofertach wykonawców decyduje czy istnieje uzasadniona potrzeba wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Subiektywne przekonanie danego wykonawcy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny i wymuszanie na Zamawiającym podjęcia procedury wyjaśnień zaoferowanej ceny nie znajduje potwierdzenia w przepisach ustawy Pzp. Składanie ofert z ceną niższą od wartości oszacowanej przez Zamawiającego jest w postępowaniach przetargowych zjawiskiem naturalnym, które nie może być automatycznie

postrzegane jako okoliczność uzasadniająca wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny. Zastosowanie procedury określonej art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pozostaje decyzją Zamawiającego, która jednak powinna być osadzona w realiach konkretnego postępowania.

Wobec przedstawionej argumentacji, Izba nie znalazła podstaw naruszenia art. 90 ust.1 ustawy Pzp, a w konsekwencji również art. 7 oraz 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba również uznała postawione zarzuty za niezasadne.

Jak ustalono powyżej, w niniejszym postępowaniu Zamawiający postawił warunki udziału i opisał je m. in. w następujący sposób:

W przypadku zadania 1 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

— wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 4 km i kanalizacyjnej o długości minimum 20 km w tym co najmniej 1 km projektowanej sieci o średnicy 400 mm, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót
* dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej.

W przypadku zadania 2 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

- wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 8 km i kanalizacyjnej o długości minimum 20 km, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót.

*dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej.

W przypadku zadania 3 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

- wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 10 km i kanalizacyjnej o długości min. 15 km, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót.

* dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej.

W przypadku zadania 4 Zamawiający wymagał aby Wykonawca w celu potwierdzenia, że spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia zobowiązany jest wykazać, że:

- wykonał, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie: co najmniej jedną usługę, której przedmiotem było opracowanie dokumentacji projektowej na budowę lub modernizację sieci wodociągowej o długości minimum 3 km i kanalizacyjnej o długości minimum 15 km, która uzyskała prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót.

*dopuszcza się spełnienie ww. warunku w 2 zadaniach, osobno dla sieci wodociągowej i osobno dla sieci kanalizacyjnej. We wszystkich ww. wypadkach wykonawca zobowiązany był przedstawić: wykaz wykonanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane należycie.

Należy zauważyć, że zarzut braku przedstawienia przez INIKO własnych referencji jest niezasadny, gdyż ze względu na postanowienia ustawy Pzp, w szczególności art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz postanowień SIWZ, wykonawca miał prawo skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do zarzutu co do niespełniania wymogu wykonania prac projektowych w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania oferty wyznaczonym przez Zamawiającego. W ocenie Izby usługi, w ramach których wykonane były prace projektowe

miały być więc ukończone w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, co oznacza de facto zakończenie realizacji danej umowy i odebranie przez Zamawiającego wyników jej prac. Ponadto warunkiem bezwzględnym było zaprojektowanie w ramach ww. usług sieci wodociągowej o określonej minimalnej długości oraz kanalizacyjnej o określonej długości, a w przypadku określonego fragmentu, także średnicy. Dodatkowo dopuszczalnym było wykazanie osobno prac na zaprojektowanie sieci wodociągowej oraz na zaprojektowanie sieci kanalizacyjnej. Z warunku wnioskować można było, iż w związku z wykonanymi pracami, wykonana sieć miała uzyskać prawomocne pozwolenie na budowę lub w przypadku braku konieczności prawomocne zgłoszenie robót, co było istotnym wymaganiem, bowiem wykazać można było jedynie prace, które zostały zaakceptowane przez odpowiednie organy. Zgodzić należy się z Przystępującym, iż Zamawiający nie postawił wymogu, że uzyskanie prawomocnego pozwolenia miało nastąpić w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

Zgodzić należy się z Zamawiającym, iż podmioty zamawiające, na rzecz których wykonywano wykazane zamówienia potwierdziły w referencjach należyte wykonanie prac oraz okresy ich realizacji. Wykonane zamówienia realizowane były na podstawie umów o określonych przez strony terminach wykonania. Wykonanie zamówienia publicznego oznacza wykonanie zawartej w wyniku postępowanie o zamówienie publiczne umowy. Dodatkowo dwie z wykazanych umów są jeszcze realizowane, jednak Zamawiający – na rzecz których są one realizowane - potwierdzili, że prace projektowe zostały wykonane należycie.

Nie można zgodzić się również z zarzutem, że referencje złożone przez wykonawcę INIKO Sp. z o.o. dotyczą prac projektowych na budowę sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej w rejonach pozamiejskich, co istotnie odbiega od zakresu i stopnia skomplikowania prac projektowych dla rejonów miejskich i w szczególności dużych miast, jak Radom. Opisane warunki udziału nie zawierają wymogu, co do miejsca budowy sieci wodociągowej i sieci kanalizacyjnej, w szczególności nie uzależniają uznania spełnienia warunków od zaprojektowania sieci na terenach miejskich, fakt budowy wykazanych sieci w rejonach pozamiejskich jest bez znaczenia. Przy ocenie spełnienia warunku, nie ma żadnego znaczenia odwoływanie się przez Odwołującego do opisu przedmiotu zamówienia i szukania analogii w jego opisie. Zgodzić należy się, że jednym wyznacznikiem spełnienia warunku przez wykonawcę jest sam opis sposobu dokonywania oceny warunku. Wykazanie ich spełnienia na podstawie stosownych informacji (dokumentów, dowodów, oświadczeń) potwierdzających okoliczności wskazane w części SIWZ dotyczącej potwierdzania spełnienia warunków jest wystarczające dla podmiotowego zakwalifikowania wykonawcy.

Wobec powyższego – wbrew temu co twierdzi Odwołujący – należało uznać, że nie było podstaw do wykluczenia Przystępującego z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w tym postępowaniu.

W konsekwencji mając na względzie wszystkie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

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

Przewodniczący:

.....