

Sygn. akt KIO 684/12

Sygn. akt KIO 686/12

WYROK

z dnia 18 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej :

- A) w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Sp. z o.o. , Synkret S.A., SACK INVENT POLAND Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa;**
- B) w dniu 6 kwietnia 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o. o., PROFITECT Sp. z o. o., Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zabrze - Prezydent Miasta oraz Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o. o., ul. Powstańców Śląskich 5-7, ul. Wolności 215, 41-800 Zabrze,**

przy udziale:

- A. wykonawcy **ENERGOPOL-POŁUDNIE S.A., ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 684/12 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **ENERGOPOL-POŁUDNIE S.A., ul. Jedności 2, 41-208 Sosnowiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 686/12 po stronie zamawiającego;
- C. **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Sp. z o.o. , Synkret S.A., SACK INVENT POLAND Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 686/12 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala oba odwołania;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Sp. z o.o. , Synkret S.A., SACK INVENT POLAND Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o. o., PROFITECT Sp. z o. o., Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Sp. z o.o. , Synkret S.A., SACK INVENT POLAND Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o. o., PROFITECT Sp. z o. o., Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz;**

2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Sp. z o.o. , Synkret S.A., SACK INVENT POLAND Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** oraz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o. o., PROFITECT Sp. z o. o., Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz** kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w tym kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD Sp. z o.o. , Synkret S.A., SACK INVENT POLAND Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o. o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o. o., PROFITECT Sp. z o. o., Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o. o. Sp. k., ul. Kaliska 11, 87-860 Chodecz.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 684/ 12

Sygn. akt KIO 686/12

UZASADNIENIE

MIASTO ZABRZE - Prezydent Miasta ul. Powstańców Śląskich 5-7, 41-800 Zabrze
Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o. zwane dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego w zadaniu KONTRAKT 2 pn. "Poprawa gospodarki ściekowej w dzielnicy Zaborze Południowe" w ramach realizacji projektu pn. „Poprawa gospodarki wodno - ściekowej na terenie Gminy Zabrze - Etap II."

Ogłoszenie zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Wspólnot Europejskich: 2011/S 133-221258.

KIO 684/ 12

Wykonawca – konsorcjum firm: IDS-BUD Sp. z o.o. Al. Jerozolimskie 136/lider/, 02-305 Warszawa; Synkret S.A. ul. Szyby Rycerskie 22 k, 41-909 Bytom; SACKINVENT POLAND Sp. z o.o. ul. Buska 24, 02-924 Warszawa, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: Energopol -Południe Spółka Akcyjna z siedzibą w Sosnowcu. Wykonawca ten skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Odwołujący czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Energopol do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty.
- art. 89 ust. 1 pkt 4— poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Energopol, pomimo że zawierała rażąco niską cenę
- art. 7 ust. 1 Pzp i innych przepisów ustawy

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Energopolu
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert
- nakazanie Zamawiającemu wezwania Energopolu do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oferty
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Energopol

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że Zamawiający przewidział na realizację wskazanego wyżej zamówienia kwotę 75.376.559,00 zł brutto. Cena uznanej za najkorzystniejszą oferty Energopolu opiewała na kwotę 34.214.000,00 zł brutto, natomiast

średnia cen pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu wynosiła 40.164.332,67 zł brutto. Z zestawienia podanych wartości wynika zatem, iż cena zaoferowana przez Energopol stanowi zaledwie 45% ustalonej przez Zamawiającego, szacunkowej wartości zamówienia oraz jest o ok. 15% niższa od średniej wartości wszystkich pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Stwierdził, że zdaniem Odwołującego przedstawiona w ofercie Energopolu cena odbiega od realiów rynkowych i czyni należyte wykonanie zamówienia za tę kwotę niemożliwym.

Celem zobrazowania nierealności ceny zaproponowanej przez przystępującego Energopol, Odwołujący przedstawił zestawienie niektórych cen jednostkowych z oferty Energopolu, które uznać należało za szczególnie zaniżone. Z zestawienia tego wynika, że średnia cena jednostkowa oferty Energopolu w zestawieniu z ofertami pozostałych wykonawców jest o ponad 50% niższa.

Opierając się na przedstawionych wyliczeniach wskazanych w podanych zestawieniach, stwierdził iż za proponowaną przez Energopol kwotę nie da się wykonać przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że w świetle rozbieżności między ceną zawartą w ofercie Energopolu, a cenami pozostałych ofert, jak również z uwagi na znaczną różnicę pomiędzy szacunkową wartością zamówienia, a wartością oferty Energopolu, zachodziło uzasadnione podejrzenie wystąpienia rażąco niskiej ceny. Tym samym na Zamawiającym spoczywał obowiązek wdrożenia procedury określonej w art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zobowiązanie Energopolu do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ofertowej.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał szereg orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej mającej wskazywać na zasadność prezentowanego przez Odwołującego stanowiska.

Zamawiający w złożonej na piśmie, odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie, względnie o oddalenie odwołania w całości.

Wnosząc o odrzucenie odwołania przywołał dwie przesłanki uzasadniające jego zdaniem konieczność odrzucenia odwołania,

- po pierwsze wskazał, że przedmiotowe odwołanie winno podlegać odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, jako że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 Pzp. Przepis ten stanowi, że Odwołujący winien przesłać kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on się zapoznać z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia.

Zamawiający wskazał, że przedmiotowe odwołanie zostało mu przesłane pocztą e-mail, w dniu 6 kwietnia 2012 r., o godz. 14:34. Na ten dzień przypadał Wielki Piątek, zatem godziny pracy Urzędu Miasta Zabrze kończyły się o godz. 13.00, zaś sam Urząd Miasta był po tej

godzinie zamknięty. Informacja o skróconych w tym dniu godzinach pracy Urzędu została rozpowszechniona w sposób zwyczajowo przyjęty, w tym również zamieszczona na stronie internetowej Miasta Zabrze.

Również dnia następnego, tj. w Wielką Sobotę, Urząd Miasta Zabrze był nieczynny. W ocenie Zamawiającego, nic nie stało na przeszkodzie, aby Odwołujący, mający aż 10 dni na sporządzenie odwołania i przesłanie jego kopii Zamawiającemu, zrobił to wcześniej, a nie zwlekał z przesłaniem kopii, niemalże do ostatniej chwili.

W świetle powyższego, odwołanie wpłynęło do Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2012 r. po godzinach pracy Urzędu, zaś w dniu 7 kwietnia 2012 r., na który wypada sobota, Urząd Miasta również był nieczynny. Tym samym Zamawiający z winy Odwołującego został pozbawiony możliwości zapoznania się z treścią odwołania przed upływem terminu składania ofert (przypadającego na dzień 7 kwietnia 2012 r.), a zatem odwołanie winno zostać odrzucone.

- po drugie, zdaniem Zamawiającego odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony (art. 189 ust. 2 pkt 2 PZP). Stosownie do art. 179 ust. 1 PZP, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Natomiast Odwołujący w treści odwołania z dnia 6 kwietnia 2012 roku nie wykazał spełnienia przesłanki dotyczącej poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

Wobec powyższego, odwołanie winno zostać odrzucone przez Izbę na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Równocześnie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – w przypadku jego nieodrzućenia przez Izbę, odniósł się do podniesionych w nim zarzutów.

Odnosnie zarzutu pierwszego dotyczącego naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Energopol do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty, stwierdził, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie jest zdefiniowane w prawie polskim, ani w prawie unijnym. Przepisy nie przewidują również żadnych metod kalkulacji w tym zakresie. Punktem odniesienia dla rażąco niskiej ceny jest rzeczywista wartość zamówienia, czyli za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać tylko taką ofertę, której cena pozostaje w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia, czyli jest to cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest ani wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku.

Podniósł, że zarówno według doktryny i orzecznictwa Zamawiający oceniając, czy dana oferta może zawierać rażąco niską cenę nie jest bezwzględnie związany relacją ceny danej oferty do szacunkowej wartości zamówienia.

Stwierdził, że ze względu na brak określenia przez ustawodawcę jakichkolwiek wiążących kryteriów, jakimi Zamawiający winien się kierować przy podejmowaniu decyzji o wezwaniu wykonawców do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 90 ust. 1 PZP, to wyłączną kompetencję w tym zakresie posiada Zamawiający, oceniający sytuację w kontekście całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności w kontekście cen pozostałych ofert oraz cen rynkowych przedmiotu zamówienia.

Podniósł także, że wraz z niniejszym postępowaniem Zamawiający prowadził szereg innych postępowań na roboty budowlane o podobnym charakterze i ceny w tamtych postępowaniach nie odbiegają znacząco od cen ofertowych tego postępowania.

Podał iż, Zamawiający ustalił szacunkowa wartość w dniu 22 lutego 2011 r., na podstawie kosztorysów inwestorskich wg zagregowanych wskaźników waloryzacyjnych za IV kwartał 2010 r. Tym samym, Zamawiający dokonując szacowania wartości zamówienia zgodnie z ustawą Pzp, opierał się na danych aktualnych dla IV kwartału roku 2010. Przedmiotowe postępowanie prowadzone było w trybie przetargu ograniczonego, pomiędzy dniem publikacji ogłoszenia o zamówieniu (14 lipca 2011 r.), a terminem składania ofert (9 lutego 2012 r.), minął pewien okres czasu, w którym doszło do pewnych zmian na rynku robót budowlanych. Dysproporcje te wynikają przede wszystkim z aktualnego kryzysu finansowego, który niewątpliwie miał wpływ również na rynek robót budowlanych.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu złożone zostały cztery oferty.

Cena oferty najkorzystniejszej, równa 34.214.408,16 PLN jest niższa od średniej ceny ofert złożonych w postępowaniu jedynie o około 4.400.000,00 zł, co stanowi 11,54 % średniej ceny ofert.

Stwierdził, że gdyby Zamawiający oceniając zastosowanie rażąco niskiej ceny w złożonych ofertach miałby się kierować jakimkolwiek sztywnym kryterium np. 10%, czy 20% różnicy pomiędzy ceną ofertowa, a wartością szacunkową zamówienia, to musiałby zażądać wyjaśnień od wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, w tym od Odwołującego. Takie działanie byłoby jednak pozbawione celu i sensu, a także sprzeczne ze zdrowym rozsądkiem oraz zasadą ekonomii postępowania.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Energopol, mimo że zawierała rażąco niską cenę, stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do zastosowania procedury określonej w art. 90 ust. 1 PZP, tym samym nie może być również mowy o hipotetycznym nawet naruszeniu przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wskazał, że wszystkie

oferty złożone w postępowaniu miały ceny znacznie niższe od szacunkowej wartości zamówienia, lecz były zbliżone do siebie nawzajem.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp podkreślił, że żadna z okoliczności opisanych w odwołaniu nie daje cienia uzasadnienia, by przyjąć że w przedmiotowym postępowaniu mogło dojść do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawca Energopol, w swoim stanowisku co do zasadności zarzutów odwołania, poparł w całości argumentację przywołaną przez Zamawiającego i stwierdził, że cena zaoferowana w ofercie nie jest ceną rażąco niską, została prawidłowo skalkulowana i za tą cenę Przystępujący jest w stanie w sposób prawidłowy, zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonać przedmiot zamówienia.

KIO 686/12

Konsorcjum Wykonawców : MOLEWSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Chodczu, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, PROFITECT Sp. z o.o. z siedzibą w Łasku, Firma Projektowo - Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kaliszu, zwane dalej „Odwołującym” złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego z dnia 28 marca 2012 roku polegającej na odrzuceniu złożonej oferty, a także polegającej na bezzasadnym zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia następstwa prawnego pomiędzy wykonawcą Piotrem Kłosińskim prowadzącym działalność gospodarczą jako osoba fizyczna a spółką „Firma Projektowo - Budowlaną Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Kaliszu.

Wnosząc przedmiotowe odwołanie zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 art. 25 ust. 1; art. 26 ust. 3; art. 87 ust. 1; art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5; art. 90 ust. 3 i art. 91 ust. 1 i 2;

Podnosząc zarzuty, wniósł o:

- a) nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawców wnoszących niniejsze odwołanie,
- b) nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- c) nakazanie Zamawiającemu, aby powtórzył czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu oferty Odwołującego,
- d) nakazanie Zamawiającemu uznania przy ponownej ocenie ofert, że oferta złożona przez wybranego wykonawcę „ENERGOPOL - Południe S.A." w Sosnowcu zawiera rażąco niską cenę i winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty wskazał iż Zamawiający w postępowaniu przetargowym po przeprowadzeniu oceny ofert, dokonał w dniu 28.03.2012r. wyboru oferty firmy „ENERGOPOL - Południe S.A.” w Sosnowcu jako najkorzystniejszej, odrzucając z tego postępowania ofertę Odwołującego się mimo najniższej ceny.

Wskazał, że Zamawiający błędnie przyjął, że Odwołujący nie posiadał statusu wykonawcy zaproszonego do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, a także że oferta tegoż wykonawcy zawiera pełnomocnictwo dla p. Katarzyny Knapińskiej z wadą umocowania.

Podniósł, że swoją decyzję Zamawiający oparł na twierdzeniu, iż: *„Zamawiającemu nie przedstawiono w toku postępowania wystarczających dowodów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że Piotr Kłosiński przeniósł skutecznie na spółkę: Firma Projektowo - Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych „PROTEK” Sp. z o.o., Sp. k., całe prowadzone przez siebie przedsiębiorstwo w rozumieniu przepisu art. 55.1 kodeksu cywilnego, a tym samym, iż spółka ta jest następcą prawnym całości przedsiębiorstwa prowadzonego przez Piotra Kłosińskiego. A nadto, że nie przedłożono Zamawiającemu dokumentów, z których wynikałoby, że w ramach tego przedsiębiorstwa doszło do przeniesienia na inny podmiot uprawnienia do złożenia oferty w niniejszym postępowaniu. Wykonawca po otrzymaniu zaproszenia do złożenia oferty pismem z dnia 12 grudnia 2011 roku nie poinformował Zamawiającego o dokonanych zmianach podmiotowych dotyczących jednego z członków Konsorcjum”. W oparciu o powyższe twierdzenia Zamawiający przyjął, iż: „W konsekwencji Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy PZP, ponieważ oferta została złożona przez Wykonawcę nie zaproszonego do złożenia oferty”*

Oceniając stanowisko Zamawiającego stwierdził, że rozumowanie Zamawiającego jest całkowicie błędne, a dla Odwołującego krzywdzące, albowiem zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty jest również nieprawidłowe.

Wskazał, że jest rzeczą bezsporną, że po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nieograniczonym jeden z członków konsorcjum dokonał przekształceń prawnie organizacyjnych, która skutkowałą modyfikacją podmiotową składu Konsorcjum Wykonawców.

W skład Konsorcjum składającego wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu wchodził między innymi wykonawca Piotr Kłosiński prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Projektowo - Budowlana „PROTEK” Zakład Instalacji Sanitarnych. Konsorcjum zostało dopuszczone do udziału w przetargu i zaproszone do złożenia oferty.

W okresie po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a przed złożeniem oferty, przedsiębiorca Piotr Kłosiński dokonał zmian organizacyjnych i prawnych w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i dokonał wniesienia całego swojego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55.1 Kc jako wkładu niepieniężnego do spółki Firma

Projektowo -Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kaliszu. Powyższe fakty wynikają wprost z zapisu § 2 ust. 4 i § 8 ust. 1 pkt. 2 aktu notarialnego rep. A 6662/2011 zgodnie z którymi celem zawiązanej spółki komandytowej jest kontynuacja i dalszy rozwój działalności prowadzonej przez dotychczasowe przedsiębiorstwo o ugruntowanej renomie działające od 15 luty 1995 roku pod firmą Piotr Kłosiński FPB PROTEK ZIS oraz, że Piotr Kłosiński wniósł jako wkład niepieniężny do nowo zawiązanej spółki komandytowej całe swoje zorganizowane przedsiębiorstwo pod firmą Piotr Kłosiński FPB PROTEK ZIS w rozumieniu art. 55 .1 Kc o wartości 7 873 000,00 zł, na które składa się w szczególności środki trwałe a także ustalona renoma, doświadczenie zawodowe wraz z referencjami jak również zatrudnieni pracownicy.

Oznacza to zdaniem Odwołującego, że spółka komandytowa stała się jedynym następcą prawnym przedsiębiorcy Piotra Kłosińskiego w zakresie prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa i nabyła wszelkie prawa związane z tym przedsiębiorstwem, w tym w szczególności prawa związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też ostateczna oferta została złożona już przez Konsorcjum w „zmodyfikowanym składzie”, w którym w miejsce dotychczasowego wykonawcy Piotra Kłosińskiego wstąpiła spółka będąca jego następcą prawnym, czyli spółka Firma Projektowo -Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Kaliszu.

Podniósł, że z powyższych względów błędne jest twierdzenie Zamawiającego, że oferta została złożona przez wykonawców nie zaproszonych do składania ofert, a także twierdzenie Zamawiającego, zgodnie z którym zaproszenie do złożenia oferty nie mogło wejść w skład zbywanego przedsiębiorstwa z uwagi na fakt zbycia tego przedsiębiorstwa przed wystosowaniem zaproszenia do wykonawców. Wadliwość rozumowania Zamawiającego w tym zakresie polegała na tym, że utożsamia czynność Zamawiającego polegającą na wystosowaniu zaproszenia do składania ofert z uprawnieniem wykonawcy do złożenia oferty.

Nadto podniósł, że jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do oferty Konsorcjum to powinien był zażądać złożenia dodatkowych wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a tego bezpodstawnie nie uczynił. Zarzucił, że to Zamawiający powinien zgromadzić dowody na potwierdzenie faktu, że Firma Projektowo - Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k. nie jest następcą prawnym Piotra Kłosińskiego.

Ponadto odnosząc się do stanowiska Zamawiającego o nieprawidłowym pełnomocnictwie wystawionym dla Katarzyny Knapieńskiej, stwierdził, że w świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO nie powinien budzić wątpliwości fakt, że działała ona w imieniu i na rzecz całego w Konsorcjum, a także, że Zamawiający miał obowiązek wezwania Wykonawcy w trybie art .26 ust 3 ustawy PZP do uzupełnienia pełnomocnictwa, a tego nie uczynił albowiem z powodu innych błahych okoliczności odrzucił jego ofertę.

Odnosząc się do ceny wybranej jako najkorzystniejszej oferty wskazał, że oferta Odwołującego się jest o ok. 4 miliony droższa niż wybrana oferta ENERGOPOL-u. Mimo tego zachodzi wątpliwość co do prawidłowej kalkulacji wynagrodzenia przez tegoż Wykonawcę, który nie został wezwany do złożenia stosownych wyjaśnień jak również nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie tak niskiej ceny, co winno skutkować koniecznością uznania ją za rażąco niską i prowadzić do jej odrzucenia.

Zamawiający w przedłożonej pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o odrzucenie odwołania, względnie jego oddalenie w całości.

W zakresie podstaw do odrzucenia oferty przedstawił takie same zarzuty jak przy sprawie o sygn. KIO 684/12.

Natomiast w zakresie wskazanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego wskazał, że do formularza ofertowego załączono m.in. pisma opatrzone datą 6 luty 2012 r. oraz 2 luty 2012 r., z których wynikało, że Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK sp. z o.o. spółka komandytowa występuje jako następcą prawną FPB Protek ZIS Piotr Kłosiński, jako że Piotr Kłosiński prowadzący dotychczas działalność gospodarczą pod nazwą Firma Projektowo - Budowlana PROTEK Zakład Instalacji Sanitarnych (FPB Protek ZIS Piotr Kłosiński) został współnikiem nowo powstałej spółki komandytowej i wniósł w dniu 1 listopada 2011 r. do tejże spółki jako wkład niepieniężny całe prowadzone przez siebie przedsiębiorstwo w rozumieniu art. 55(1) Kodeksu Cywilnego.

Z załączonego do ww. oferty odpisu aktualnego z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego z dnia 10 listopada 2011 r. wynikało ponadto, że w dniu 29 sierpnia 2011 r. dokonano rejestracji spółki komandytowej pod firmą: Firma Projektowo-Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK sp. z o.o. spółka komandytowa.

Stwierdził, że w żaden sposób w powyższych dokumentach nie potwierdzono, że spółka komandytowa stała się następcą prawnym przedsiębiorcy Piotra Kłosińskiego w zakresie prowadzonego przez niego przedsiębiorstwa i nabyła wszelkie prawa związane z tym przedsiębiorstwem, w szczególności prawa związane z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Treść umowy spółki komandytowej wskazywała, że zamiarem Piotra Kłosińskiego było przeniesienie całości przedsiębiorstwa. Jednak, zamiar ten został wyrażony jedynie w umowie spółki komandytowej, co posiada jedynie skutek zobowiązaniowy, lecz nie rozporządzający. Wniesienie do spółki wkładu w postaci przedsiębiorstwa powinno zdaniem Zamawiającego na podstawie odrębnej umowy o skutku rozporządzającym, która zgodnie z art. 75' § 1 Kodeksu Cywilnego, powinna zostać zawarta w formie pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi pod rygorem nieważności. Takiej umowy, na podstawie której

miałoby dojść do wniesienia przedsiębiorstwa do spółki komandytowej Zamawiającemu nie przedstawiono.

Równocześnie podniósł, że Zamawiający zaprosił do złożenia oferty konsorcjum w takim składzie, w jakim złożyło ono wniosek o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym, gdyż nie otrzymał bowiem żadnej informacji o dokonywanych zmianach podmiotowych w ramach konsorcjum. Stwierdził, że treści przepisu art 47 ustawy Pzp jasno i wprost wynika, że w przeciwieństwie do przetargu nieograniczonego, uprawnienie do złożenia oferty przysługuje jedynie tym wykonawcom, którzy zostaną przez Zamawiającego zaproszeni do złożenia oferty. Istnieje zatem oczywisty i niebudzący wątpliwości związek pomiędzy czynnością zamawiającego polegającą na skierowaniu zaproszenia do złożenia oferty, a powstaniem uprawnienia do złożenia oferty w danym postępowaniu.

Stwierdził nadto, że nie jest uprawnione twierdzenie Odwołującego, iż w przetargu ograniczonym złożenie poprawnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest równoznaczne z uzyskaniem zaproszenia do złożenia oferty, oraz samym uprawnieniem do jej złożenia. Inny krąg wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia został przez Zamawiającego zaproszony do złożenia oferty, a inny krąg wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia złożył ofertę w przedmiotowym przetargu. Dlatego też ofertę takiego wykonawcy Zamawiający musiał odrzucić.

Zamawiający wskazał również na bezzasadność zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3 Pzp poprzez nie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień potwierdzających następstwo prawne, gdyż Zamawiający nie ma obowiązku pouczenia ani wzywania do przedkładania dokumentów, które by potwierdzały, że doszło do zbycia przedsiębiorstwa.

Natomiast w zakresie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy Energopol S.A. Zamawiający wskazał takie same argumenty i wnioski jak przy sprawie o sygn. KIO 684/12.

Przystępujący ENERGOPOL-POŁUDNIE S.A., zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, poparł stanowisko Zamawiającego i co zarzutu rażąco niskiej ceny powołał się na argumenty podniesione przy odwołaniu o sygn. KIO 684/12/

Przystępujący – konsorcjum wykonawców IDS-BUD Sp. z o.o. , Synkret S.A., SACK INVENT POLAND Sp. z o.o., Al. Jerozolimskie 136, 02-305 Warszawa, zgłaszające swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w zakresie zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego, poparł stanowisko w tym zakresie prezentowane przez Zamawiającego i wskazał, że odrzucenie oferty było zasadne, ponieważ inny podmiot złożył wniosek o dopuszczenie do postępowania, a inny podmiot złożył ofertę.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie, uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez strony i przystępujących dokumenty, a także stanowiska stron postępowania i uczestników, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.

Wobec obu odwołań, biorąc pod uwagę dowody przedstawione przez strony, Izba nie znalazła podstaw do ich uwzględnienia.

Na podstawie art. 192 ust. 8 Pzp Izba wydała orzeczenie łączne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, nie zaistniały przesłanki podniesione przez Zamawiającego, do odrzucenia obu odwołań. W tym zakresie Zamawiający podniósł takie same zarzuty.

Zarzut pierwszy dotyczył żądania odrzucenia ofert z powodu przekazania Zamawiającemu kopii odwołań dopiero w dniu 10 kwietnia 2012 r., a więc po upływie terminu do ich wniesienia, który to termin upłynął w dniu 7 kwietnia 2012 r.

Stwierdzenie Zamawiającego, że przesłanie kopii odwołania w Wielki Piątek o godz. 14,34 kiedy to, jak twierdzi Zamawiający powszechnie wiadomo, że czas pracy urzędów w tym dniu jest krótszy i kończył się o godz. 13.00, jest przesłaniem po terminie.

Przesłanie informacji o wniesieniu odwołania po godzinach pracy Urzędu, według stanowiska Zamawiającego, nie może być uznane za wniesione z zachowaniem terminu, gdyż w takiej sytuacji został on pozbawiony możliwości zapoznania się z treścią odwołania przed upływem terminu składania ofert.

Izba w tym zakresie wskazuje, iż domniemanie określone w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp oznacza, że przyjmuje się iż Zamawiający mógł zapoznać się z kopią odwołania przed upływem terminu na wniesienie środka ochrony prawnej jeżeli przekazanie kopii odwołania nastąpiło w terminie, za pomocą środków przekazu określonych w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp, tj. za pomocą faksu lub drogą elektroniczną. W rozpoznawanym przypadku Odwołujący w sprawie o sygn. KIO 684/12 przekazał kopie odwołania za pomocą e-maila w przedostatnim dniu upływu terminu na wniesienie odwołania, tj. w dniu w dniu 6 kwietnia 2012 r., o godz. 14:34 roku. Jest to fakt bezsporny między stronami. Bezsporne jest także, że istotnie dni 7 – 9 kwietnia 2012 roku były dniami wolnymi od pracy. Powyższe nie ma jednak wpływu na skuteczność przekazania kopii odwołania i obalenie domniemania z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

Identycznie Izba ocenia sytuację w drugim odwołaniu gdzie kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu w formie przesyłki kurierskiej w dniu 6 kwietnia 2012 r. o godz. 21:30, co zostało potwierdzone podpisem przez pracownika Zamawiającego.

Izba wskazuje, że to rolą Zamawiającego jest takie zorganizowanie pracy instytucji, aby przesyłki kierowane do niego za pośrednictwem faxu, emaila czy listownie dotarły we właściwym czasie, do osób zainteresowanych ich treścią. Natomiast obowiązkiem wykonawcy jest przesłanie kopii odwołania przed upływem terminu na wniesienie odwołania, zgodnie z zasadą liczenia terminu, wyrażoną w art. 111 § 1 kodeksu cywilnego.

Izba również nie uwzględniła zarzutu dotyczącego braku wykazania przez obu Odwołujących faktu poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Zamawiający w tym zakresie zarzucił, że Odwołujący nie wskazali w treści odwołania żadnego dowodu potwierdzającego choćby możliwość poniesienia szkody w wyniku dokonania wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy.

Izba stwierdzając, że obaj Odwołujący w przypadku uwzględnienia odwołań mają szansę na uzyskanie przedmiotu zamówienia, a tym samym brak takiej możliwości jest wystarczającym dowodem na możliwość poniesienia szkody, spowodowanej brakiem realizacji przedmiotowego zamówienia.

Oddalając powyższe zarzuty co do odrzucenia odwołań, Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący którzy zostali dopuszczeni do udziału w obu sprawach, w należyty sposób uprawdopodobnili posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosili przystąpienie.

Na wstępie Izba stwierdza, że w obu odwołaniach podniesiono zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny oferty uznanej za najkorzystniejszą w tym postępowaniu, tj. oferty wykonawcy Energopol- Południe S.A. Kwestia ta zostanie przez Izbę rozpatrzona łącznie przy sprawie o sygn KIO 684/12.

Odwołanie o sygn. KIO 684/12

Podstawowym zarzutem tego odwołania jest zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny wybranej oferty wykonawcy Energopol. Na wstępie zdaniem Izby celowe jest odniesienie się do sposobu formułowania przez obu odwołujących, zarzutów w tym zakresie.

Stwierdzić należy, że zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 Pzp) oraz okoliczności faktycznych wskazujących na naruszenie przepisów prawa, a także wskazanie konkretnego przepisu prawa który Zamawiający swoim zachowaniem

naruszył. Samo powołanie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych, który miałby naruszyć Zamawiający, nie tworzy zarzutu.

W odwołaniu wykonawcy IDS-BUD w zakresie rażąco niskiej ceny w ofercie Energopolu zostały postawione dwa zarzuty, pierwszy dotyczył zaniechania przez Zamawiającego wezwania Energopol do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty / art.90 ust.1/, a drugi zaniechania odrzucenia oferty Energopol, pomimo, że zawierała rażąco niską cenę/ art. 90 ust.3 / Z tymi zarzutami związane są żądania wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień oraz odrzucenia jego oferty z powodu rażąco niskiej ceny.

Takie sformułowanie zarzutów wskazuje na pewną niekonsekwencję Odwołującego, gdyż żądanie nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, stoi w sprzeczności z równoczesnym rozpatrywaniem w tym postępowaniu zarzutu nakazania odrzucenia tej oferty z powodu jej rażąco niskiej ceny. Tym samym zarzut nie odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny oferty, jest w tym postępowaniu odwoławczym zarzutem przedwczesnym.

Jednakże na rozprawie Odwołujący wskazał iż głównym zarzutem wniesionego odwołania jest zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie ENERGOPOL i z tego powodu wnosi w pierwszej kolejności żądanie nakazania Zamawiającemu odrzucenia wybranej oferty. Natomiast zarzut żądanie nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy ENERGOPOL do złożenia wyjaśnień czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, jest zarzutem alternatywnym.

W podobny sposób przedmiotowy zarzut został podniesiony w odwołaniu wykonawcy-konsorcjum Molewski. Wskazując zarzuty Odwołujący przywołał tylko jeśli chodzi o kwestię ceny w ofercie, przepis art. 90 ust.3 zgodnie z którym *„Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia”*, a we wnioskach w pkt d) wniósł o *„nakazanie Zamawiającemu uznania przy ponownej ocenie ofert, że oferta złożona przez wybranego wykonawcę „ENERGOPOL - Południe S.A.” w Sosnowcu zawiera rażąco niską cenę i winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy PZP”*.

Tym samym w zarzucie wskazał stan faktyczny, jaki może miejsce po złożeniu wyjaśnień przez wykonawcę co do domniemania wystąpienia w ofercie rażąco niskiej ceny, co w niniejszym postępowaniu nie miało jeszcze miejsca. Równocześnie wniósł o odrzucenie oferty **nie** z powodu rażąco niskiej ceny /art. 89 ust.4/, ale z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ /art.89 ust1 okt2/, co Izba uznaje jako omyłkę pisarską.

Na wstępie rozważań w tym zakresie zasadne jest wskazanie przez Izbę, że materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest realne wystąpienie zaofiarowania ceny rażąco niskiej. Takie odrzucenie jest możliwe i dopuszczalne przez przepis art 90 ust.3 ustawy Pzp tylko w sytuacji kiedy Zamawiający wezwie

wykonawcę do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, a wyjaśnienia potwierdzą fakt, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dlatego też nawet gdyby wystąpiła sytuacja, że w oparciu o dowody zebrane przez Zamawiającego czy dostarczone np. przez innego wykonawcę, iż zaoferowana cena spełnia cechy ceny rażąco niskiej, to i tak Zamawiający musi najpierw na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy, dać wykonawcy możliwość do wypowiedzenia się i wykazania okoliczności wskazujących na nie potwierdzenie domniemania faktycznego wystąpienia rażąco niskiej ceny w ofercie.

Taki obowiązkowy tryb wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do zaistnienia rażąco niskiej ceny oferty wynika z wprost z przepisu art. 90 ust.1 – „zamawiający (...) zwraca się do wykonawcy” ... Podobne stanowisko w tym zakresie prezentuje również ETS, który w wyroku z dnia 29 marca 2012 r. ([sygn. akt. C-599/10](#)) - w sprawie wniosku o interpretację art. 2 (zasada równości), art. 51 (wezwanie do wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów) i art. 55 (wyjaśnienie rażąco niskiej ceny) dyrektywy 2004/18/WE orzekł, *„że zamiarem prawodawcy Unii było ustanowienie względem instytucji zamawiających wymogu, by dokonywały one weryfikacji składowych elementów rażąco niskich ofert, poprzez nałożenie na nie w tym celu obowiązku zażądania od kandydatów przedstawienia uzasadnienia koniecznego do wykazania, że oferty te są poważne, co ma zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach”*.

Tym samym stwierdzić należy, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty wykonawcy z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia tylko w sytuacji uprzedniego wezwania tego wykonawcy, do udzielenia wyjaśnień co do elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny. Fakt nie złożenia takich wyjaśnień przez wezwanego wykonawcę nie uniemożliwia Zamawiającemu, dokonania oceny oferty w tym zakresie i możliwości ewentualnego jej odrzucenia.

Dlatego też biorąc pod uwagę stan faktyczny przedmiotowego postępowania, kiedy Zamawiający nie wezwał wykonawcy/ów/ do złożenia stosownych wyjaśnień, przedmiotem rozpoznania przez Izbę może być tylko kwestia zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień czy oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast rozpatrywanie kwestii czy zaoferowana w ofercie wykonawcy cena jest rażąco niska i jego oferta z tego powodu winna zostać odrzucona, jest na tym etapie postępowania żądaniem przedwczesnym.

Odnosząc się do pojęcia rażąco niskiej ceny stwierdzić należy, że pomimo tego iż przepisy ustawy Pzp posługują się pojęciem rażąco niskiej ceny, to jednak pojecie to nie jest zdefiniowane w prawie polskim, ani w prawie unijnym. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że rażąco niska cena to taka, która odbiega od rzeczywistej wartości przedmiotu

zamówienia, a różnica w tym zakresie nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienia tego wykonać. Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową.

Rażąco niską ceną nie jest zwykle taka cena która w sposób znaczny odbiega poziomem od cen zaoferowanych przez innych wykonawców, wykazanie samej różnicy nie spełnia wymogu możliwości uznania danej ceny za rażąco niską.

Mechaniczne porównywanie wartości zamówienia z cenami złożonych ofert nie daje podstaw do założenia *a priori*, że mamy do czynienia z ceną nierealną, co groziłoby nierzetelnym wykonaniem zamówienia w przyszłości. Powyższa zasada została wykazana w wyroku z 5 listopada 2008 roku (sygn. akt KIO/UZP 1137/08). We wskazanym wyroku KIO uznała, że dla oceny czy dana cena jest rażąco niska należy uwzględnić całokształt okoliczności występujących w sprawie, w tym specyfikę rynku, którego dotyczy realizowane zamówienie charakteryzującego się np. zmianą cen, agresywną polityką cen przedsiębiorstw działających w danym segmencie rynku. Odnoszenie ceny oferowanej do wartości szacunkowej zamówienia przy ocenie czy dana oferta jest ofertą z rażąco niską ceną nie jest wystarczające (wyrok KIO z 21 lipca 2008 roku, sygn. akt KIO/UZP 691/08). Nie ma bowiem żadnego wzoru matematycznego, który pozwoliłby ustalić, czy istnieje uzasadnione prawdopodobieństwo rażąco niskiej ceny. Cenę tę należy odnieść do konkretnego przedmiotu zamówienia (wyrok KIO z 18 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 671/08.).

Tak więc rażąco niską ceną oferty, jest taka cena która za zaoferowaną w ofercie cenę uniemożliwia danemu wykonawcy wykonanie zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia i warunkami jego wykonania. Rażąco niska cena zaoferowana przez jednego wykonawcę wcale nie oznacza, że ta cena jest ceną rażąco niską za wykonanie danego zamówienia w ogóle. Co oznacza, że inny wykonawca za taką cenę może przedmiot zamówienia wykonać. Tym samym fakt wystąpienia rażąco niskiej ceny należy zawsze oceniać indywidualnie w odniesieniu do konkretnego wykonawcy.

Należy także wskazać, że przy dowodzeniu wystąpienia rażąco niskiej ceny, obowiązują ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z przepisów ustawy Pzp i Kodeksu cywilnego. Danych okoliczności dowodzić powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje, tym samym dowody w tym zakresie wykazać winien podmiot, który fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej stwierdza i na niego się powołuje.

Na potwierdzenie powyższego, przywołać należy stanowisko z wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 30 stycznia 2007 r. (sygn. akt XIX Ga 3/07), gdzie Sąd stwierdził, iż w

przypadku gdy brak jest rażącego zaniżenia ceny, to w sporze z wykonawcą obowiązują ogólne zasadny dowodowe wynikające z art. 6 k.c..

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego zarzutu podniesionego w obu odwołaniach, stwierdzić należy, że zasadne są wątpliwości odwołujących, że w sytuacji kiedy cena wybranej oferty stanowi około 45% ceny oszacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego, to można mieć wątpliwości czy wybrana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W tej sytuacji na wstępie konieczne jest odniesienie się Izby do prawidłowości oszacowania wartości przedmiotu zamówienia przez Zamawiającego, pomimo iż ustalenia w tym zakresie nie będą miały wpływu na orzeczenie Izby w niniejszej sprawie. Obiektywnie należy stwierdzić, że niewątpliwie wystąpiła zbyt duża dysproporcja pomiędzy wartością oszacowania zamówienia, a zaoferowaną we wszystkich ofertach ceną.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego w dniu 22 lutego 2011 r., Zamawiający dokonując szacowania wartości zamówienia, opierał się na danych aktualnych dla IV kwartału 2010 r. Publikacja ogłoszenia o zamówieniu miała miejsce w dniu 14 lipca 2011 r., a termin składania ofert upływał w dniu 9 lutego 2012 r.

Zgodnie z treścią przepisu art. 35 ust.1 ustawy Pzp ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej (...) niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli przedmiotem zamówienia są roboty budowlane. Natomiast ust.2 tegoż artykułu stanowi, że jeżeli po ustaleniu wartości zamówienia nastąpiła zmiana okoliczności mających wpływ na dokonane ustalenie, zamawiający przed wszczęciem postępowania dokonuje zmiany wartości zamówienia.

Odnosząc powyższe uregulowania do stanowiska Zamawiającego, który wskazał, że *„przełom lat 2010/2011 cechował pogłębiający się kryzys finansowy, który niewątpliwie miał wpływ również na rynek robót budowlanych, (...)okoliczności te niewątpliwie spowodowały, iż ceny ofertowe robót budowlanych, w tym robót budowlanych z zakresu kanalizacji sanitarnej i deszczowej, znacznie się obniżyły, (...) tym samym, wszystkie ceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu znacznie odbiegają od szacunkowej wartości zamówienia”*. należy stwierdzić, że Zamawiający był świadom zmian okoliczności o których mowa w przepisie art. 35 ust.2 ustawy, a pomimo tego nie dokonał przeszacowania wartości zamówienia.

Przepis ustawy Pzp w tym zakresie wymaga aby wycena nastąpiła nie wcześniej niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania, dlatego też dokonanie szacowania wartości zamówienia w odniesieniu do cen z wcześniejszego okresu, o bliżej nie sprecyzowanej dacie i przyjęcie jej jako podstawy do ustalenia wartości zamówienia, wydaje się być w tej sytuacji niedopuszczalne.

Tym samym należy stwierdzić, że Zamawiający zaniechał koniecznej zmiany szacunkowej wartości zamówienia, czym w sposób niewątpliwy spowodował podnoszenie przez niektórych wykonawców, zarzutu rażąco niskich cen w złożonych ofertach.

Jednakże zdaniem Izby przedłożenie przez wykonawców zdecydowanie niższych cen na realizację zamówienia, w stosunku do wartości szacunkowej, nie stanowi okoliczności przesądzającej iż mamy do czynienia z rażąco niską ceną, szczególnie w sytuacji kiedy wartość przedmiotu zamówienia nie została przez Zamawiającego oszacowana w sposób należyty.

Dokonując analizy cen z 4 zaoferowanych w tym postępowaniu ofert, należy stwierdzić, że zamykają się one w przedziale od 34 do 42 ml złotych. Średnia cena złożonych w tym postępowaniu ofert wynosi dokładnie 38 676 859,59 złotych.

Taka różnica może sugerować zarówno niedoszacowanie niektórych ofert, ale może również wynikać z różnicy w kosztach organizacyjnych danego wykonawcy, tj. koszty administracyjne, polityka kadrowo- płacowa, przyjęty współczynnik kalkulacji zysku, itp.

Gdyby przyjąć prawidłowość oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, to istniałaby uzasadniona okoliczność wezwania wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień czy zaoferowana cena w ofercie nie jest rażąco niska. Jednakże biorąc pod uwagę powyższe ustalenia w tym zakresie oraz zestawienie wartości przedmiotu zamówienia wynikającego z oszacowania Zamawiającego i zaoferowane przez wykonawców ceny we wszystkich 6 kontraktach – według zestawienia przedłożonego przez Odwołującego, to można stwierdzić, że w każdym z kontraktów zaoferowane w ofertach ceny stanowią około 50% wartości oszacowania. Podobnie również porównując zaoferowane ceny ofertowe w tych kontraktach można stwierdzić, że oprócz kontraktu nr 1 to w każdym następnym, różnica pomiędzy ofertą najtańszą a najdroższą waha się średnio w granicach około 10 ml. złotych.

Biorąc również pod uwagę fakt, że oferty w tych kontraktach złożyło kilkunastu wykonawców, w tym zdecydowana większość w formie konsorcjum, mających swoje siedziby w różnych regionach Polski, to trudno przyjąć za wiarygodne aby takie skalkulowanie ceny nie miało odniesienia do ceny rynkowej. Porównanie cen ofert Odwołujących z cenami ofert złożonych w postępowaniu i uśrednienie ich wartości nie daje podstaw do przyjęcia, aby którakolwiek z nich była rażąco niska, a to właśnie ceny ofertowe w składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia mogą stanowić jeden ze znaczników cen rynkowych w danej branży.

Tym samym przyjęcie iż zaoferowane ceny we wskazanych kontraktach i tym samym cena oferty wykonawcy Energopol jest ceną rynkową obala domniemanie rażąco niskiej ceny tej oferty.

Wskazać należy, że Odwołujący nie wykazali iż biorąc pod uwagę obiektywne uwarunkowania na danym rynku robót budowlanych wykonanie przedmiotowego zamówienia nie jest możliwe poniżej konkretnie wyliczonej i wskazanej kwotowo ceny.

Nie można Odwołującym odmówić prawa do kwestionowania wyceny niektórych robót czy pozycji kosztorysu w wybranej ofercie, jednakże to kwestionowanie musi znaleźć odzwierciedlenie w cenie oferty jako całości, czego Odwołujący nie wykazali.

Przepis art. 90 Pzp odnosi się do ceny oferty jako całości, a nie o wybranych, korzystnych dla Odwołującego jej elementach składowych. W tym zakresie istnieje ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, w których wskazano np. w Postanowieniu Sądu Okręgowego w Poznaniu sygn. akt II Ca 2194/05, w którym Sąd stwierdził, iż „oceniając tylko ten element oferty, zamawiający nie mógł odrzucić oferty odwołującego, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie zaś rażąco niskiej cenie pewnej części oferty,... Choćby nawet sama część oferty mogła by być oceniona jako rażąco niska, to żadną miarą nie czyniła ceny całej oferty za rażąco niską”. Podobnie w wyroku z dnia 24 marca 2005 r. sygn. akt II Ca 425/04 Sąd Okręgowy w Lublinie uznał również, że „ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę” .

Izba stoi na stanowisku, iż kalkulacja ceny jest prawem i jednocześnie obowiązkiem wykonawcy. W ramach tego prawa wykonawca na potrzeby każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego może przyjąć swoją strategię budowy ceny. Fakt iż pewna część oferty, czy pewna usługa mogłaby być uznana za cenę rażąco niską, nie skutkuje uznaniem ceny całej oferty, za rażąco niską, a tym samym koniecznością odrzucenia takiej oferty jako oferującej cenę rażąco niską.

Tymczasem obaj Odwołujący swoje zastrzeżenia oparli jedynie na pewnych elementach oferty, które stanowią pewien fragment elementów składowych ceny oferty. Odwołujący swoimi argumentami wskazywali na występujące ich zdaniem wątpliwości co do wyceny niektórych pozycji kosztorysu robót, jednakże w żaden sposób prawdziwości swoich twierdzeń w odniesieniu do całości oferty nie udowodnili.

Izba dokonując powyższych ustaleń stwierdza, że brak jest obiektywnych przesłanek wskazujących na zaoferowanie w ofercie wykonawcy Energopol S.A. rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie wykazali, że cena oferty Przystępującego Energopol S.A. jako całość, 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.

Tym samym brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania wykonawcy Energopol do złożenia wyjaśnień czy oferowana za wykonanie przedmiotu zamówienia cena nie jest ceną rażąco niską. Tym samym brak jest podstaw do uwzględnienia tego zarzutu.

Również podniesiony w tym odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp nie może zostać uwzględniony, gdyż art. 7 ust. 1 nie może stanowić samoistnej podstawy zarzutów odwołania, a zawsze winien odnosić się do czynności lub ich zaniechania przez Zamawiającego, wynikającego z ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto nierówne traktowanie wykonawców przejawia się przede wszystkim w odmiennej ocenie tych samych faktów, czy wyciąganie różnych następstw z takich samych okoliczności, czego w tym postępowaniu Odwołujący nie wykazał.

Odwołanie o sygn KIO 686/12

Podstawowym zarzutem w tym odwołaniu, oprócz ww. zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny wybranej oferty jest czynność Zamawiającego, polegająca na odrzuceniu złożonej przez Odwołującego oferty, a także na bezzasadnym zaniechaniu wezwania odwołującego się do złożenia wyjaśnień w celu potwierdzenia następstwa prawnego pomiędzy wykonawcą Piotrem Kłosińskim prowadzącym działalność gospodarczą jako osoba fizyczna a spółką „Firma Projektowo - Budowlaną Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o. Sp.k z siedzibą w Kaliszu i tym samym od czynności błędnego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

W oparciu o wykazany przez strony stan faktyczny sprawy opisany w części wstępnej uzasadnienia, Izba ustaliła, że bezsporne w sprawie jest iż po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu nieograniczonym jeden z członków konsorcjum dokonał przekształceń prawno organizacyjnych, polegających na wniesieniu całego majątku tej firmy do innego podmiotu gospodarczego, która skutkowałą modyfikacją podmiotową składu Konsorcjum Wykonawców.

Oceniając powyższe Zamawiający uznał, że oferta złożona została przez konsorcjum w innym składzie niż to wynikało z zaproszenia do złożenia oferty i w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt. 5 ofertę tego konsorcjum odrzucił.

Na wstępie rozważań w tym zakresie, odnosząc się do uregulowań dotyczących konsorcjum stwierdzić należy, że pojęcie „konsorcjum” zgodnie ze słownikiem języka polskiego, oznacza spółkę zawartą przez kilku przedsiębiorców lub kilka przedsiębiorstw w celu zwiększenia kapitałów potrzebnych do przeprowadzenia operacji gospodarczych lub finansowych. Taki związek gospodarczy oparty jest na stosunku prawnym wyrażonym w formie umowy. Wykazanie takiego związku Zamawiający żąda włącznie wymogiem wyznaczenia pełnomocnika. W postępowaniu o zamówienie publiczne konsorcjum traktowane jest jak jako jeden wykonawca. Treścią porozumienia pomiędzy konsorcjantami jest ich wzajemne zobowiązanie do wspólnej realizacji określonego zamówienia na rzecz zamawiającego. To skład konsorcjum przesądza często o tym, że dane konsorcjum zostało

zakwalifikowane do kolejnego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W praktyce wystąpienie z konsorcjum jednego z członków może oznaczać, iż konsorcjum w pomniejszonym składzie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, które spełniało jako całość.

Wykluczenie z postępowania jednego członka konsorcjum eliminuje z postępowania całe konsorcjum. Zamawiający nie mogą wykluczyć tylko jednego konsorcjanta, wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania, jest zmuszony wykluczyć wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie tzn. konsorcjum.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 141 ustawy). Oznacza to, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie odpowiada za realizację całego zamówienia.

Odnosząc powyższe uwagi ogólne do przedmiotowego zamówienia, na wstępie wskazać należy, że w dniu 11 sierpnia 2011r. wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe HYDROBUD Sp. z o.o., PROFITECT Sp. z o.o., Piotr Kłosiński prowadzący działalność pod firmą Firma Projektowo-Budowlana PROTEK Zakład Instalacji Sanitarnych Piotr Kłosiński. Ostatni z wykonawców złożył zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej z 29 lipca 2011r.

Zamawiający pismem z 28 października 2011 uznał, że wykonawcy spełnili warunki udziału w postępowaniu i pismem z 13 grudnia 2011r. dopuścił ich do udziału w postępowaniu i zaprosił do złożenia oferty.

Jak wyżej wskazano przedmiotowe postępowanie toczy się w trybie przetargu ograniczonego. W ramach procedury przetargu ograniczonego można wyodrębnić dwie fazy - składania wniosków o dopuszczenie od przetargu oraz składania ofert.

W postępowaniu może uczestniczyć tylko i wyłącznie wykonawca, który złożył uprzednio wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy i nie podlega wykluczeniu w oparciu o przepisy art. 24 ust 1 i 2 ustawy Pzp. Tylko wykonawca zweryfikowany przez Zamawiającego - uznany za wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu i zdolnego do realizacji zamówienia może otrzymać zaproszenie do złożenia oferty.

Tym samym należy stwierdzić, że zaproszenie do złożenia oferty jest kontynuacją następnym ustaleń dokonanych na etapie oceny złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w stosunku do danego wykonawcy.

Z tego faktu należy wywodzić że dokonana weryfikacja wykonawcy –konsorcjum przesądziła o możliwości zaproszenia do złożenia oferty.

W przedmiotowej postępowaniu mam do czynienia z sytuacją, kiedy jeden z członków konsorcjum - Firma Projektowo-Budowlana PROTEK Zakład Instalacji Sanitarnych Piotr Kłosiński dokonuje zbycia przedsiębiorstwa w dniu 1 listopada 2011 roku i w tym dniu następuje przeniesienia jego przedsiębiorstwa-praw majątkowych i nie majątkowych do spółki komandytowej.

Zaproszenie do złożenia oferty konsorcjum otrzymało w dniu 12 grudnia 2011 roku, a więc po terminie wniesienia całości praw do spółki komandytowej. To zaproszenie nie było adresowane do Konsorcjum wykonawców w skład którego wchodziła spółka komandytowa, lecz dotyczyło konsorcjum w którego członkiem był Piotr Kłosiński prowadzący przedsiębiorstwo jako osoba fizyczna, na podstawie wpisu do ewidencji działalności gospodarczej. Tym samym w danym momencie zaproszenie skierowano do konsorcjum, którego członek już nie istniał w tej formie organizacyjnej, w szczególności zarówno co do majątku jak i posiadanego doświadczenia, gdyż zostało ono przeniesione na spółkę komandytową. Dlatego też uprawnienie do złożenia oferty nie mogło podzielić losu prawnego przedsiębiorstwa i zostać wniesione jako aport do spółki komandytowej.

W oparciu o powyższe zasadne jest stwierdzenie, że w chwili przesłania zaproszenia do złożenia oferty dla konsorcjum MOLEWSKI konsorcjum to nie było jako całość zweryfikowane przez Zamawiającego, bo w jego składzie nastąpiła istotna zmiana mająca bezpośredni skutek dla całego konsorcjum.

O ile zbycie przedsiębiorstwa po dokonanej weryfikacji przez Zamawiającego w ramach etapu oceny złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie budzi większych zastrzeżeń co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to już wykazanie braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1 -8 Pzp może budzić istotne wątpliwości, których to konsorcjum Molewski nawet nie starało się wykazać.

Tym samym stwierdzić należy, że podstawą uprawnienia do złożenia oferty w przetargu ograniczonym jest otrzymanie przez wykonawcę informacji Zamawiającego o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i tym samym dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wszystkich członków konsorcjum, co w tym przypadku nie miało miejsca..

Zgodnie z art. 47 i art. 51 ust. 1 Pzp uprawnienie do złożenia oferty powstaje z chwilą otrzymania zaproszenia do jego złożenia.

W przedmiotowej sprawie nastąpił brak tożsamości podmiotowej między podmiotami składającymi wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a składem składającym ofertę, co ma kolosalne znaczenie w postępowaniu w tym trybie, gdyż w pierwszym etapie następuje weryfikacja podmiotowa uczestników konsorcjum. Zmiana w składzie konsorcjum oznaczałaby, że w postępowaniu bierze udział inny wykonawca niż ten, którego badano, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. .

W konsekwencji Odwołujący nie jest wykonawcą uprawnionym do złożenia oferty, gdyż tego uprawnienia nie posiada jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. To pociąga za sobą konieczność uznania, że uprawnienie to na podstawie art. 23 ust. 3 Pzp. nie istnieje po stronie wszystkich wykonawców tworzących konsorcjum.

Podnieść należy w oparciu o powyższe ustalenia, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie przystępując do postępowania muszą pamiętać, o tym że w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które przebiega etapowo jak to ma miejsce w przypadku przetargu ograniczonego nie dopuszczalne są zmiany w składzie konsorcjum w trakcie postępowania po zakwalifikowaniu wykonawcy do kolejnego etapu.

Zmiany w składzie konsorcjum mogą mieć miejsce do momentu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w przetargu, w postępowaniach etapowych. Potem zmiana w składzie konsorcjum oznaczałaby, że w postępowaniu bierze udział inny wykonawca niż ten, którego badano, czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zmiana składu przedstawicieli w konsorcjum jest jednoznaczna zmianą oferenta.

Dlatego konsorcjum, którego skład uległ zmianie po złożeniu oferty, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a złożona przez nie oferta podlega odrzuceniu.

Równocześnie odnosząc się do powyższych ustaleń i ocen stanu faktycznego sprawy, nieuprawnione byłoby, zdaniem Izby w tym składzie orzekającym przyjęcie stanowiska, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia niedopuszczalne są jakiegokolwiek zamiany podmiotowe wykonawców. Możliwość takiej zmiany wydaje się być dopuszczalna, lecz musi być poprzedzona wykazaniem Zamawiającemu, że wstępujący podmiot spełnia wszystkie kryteria dotyczące możliwości bycia wykonawcą w oparciu o postawione warunki wymagane ustawą Pzp i postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, a także, że spełnia wszystkie warunki podmiotu zastąpionego w oparciu o które dane konsorcjum zostało zakwalifikowane do kolejnego etapu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dlatego też Zamawiający, zdaniem Izby, prawidłowo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. odrzucił ofertę Odwołującego.

Izba stwierdza, że brak jest podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do udzielenia Zamawiającemu wyjaśnień co do trybu zmian w składzie konsorcjum. Powołany przepis ustawy odnosi się do możliwości wyjaśniania treści oferty, a więc warunków przedmiotowych. W niniejszym postępowaniu mamy spór dotyczący warunków podmiotowych odnoszący się do kręgu podmiotów mogących złożyć ofertę. Tym samym przepis ten nie znajduje możliwości zastosowania w zakresie tego zarzutu.

Odnośnie zarzutu braku właściwego pełnomocnictwa dla Pani Katarzynie Knapińskiej, to Izba stwierdza, że treść pełnomocnictwa upoważnia m.in. do samodzielnej reprezentacji spółki w badanym postępowaniu o udzielenie zamówienia. W pełnomocnictwie stwierdzono

również, że w razie jakichkolwiek wątpliwości, co do zakresu umocowania pełnomocnictwo to należy rozumieć jak najszerszej t.j. jakby były działaniami samego mocodawcy, podjętymi na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych. Takie sformułowanie w oparciu o przepis art. 65§1 kc uzasadnia przyjęcie stanowiska o właściwym pełnomocnictwie.

Jednakże uwzględnienie tego zarzut nie może skutkować uwzględnieniem odwołania, gdyż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu i potwierdzenie się chociaż jednego faktu go uzasadniającego, skutkuje zasadnością jego odrzucenia w całości i tym samym braku możliwości jego uwzględnienia..

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący