

**Sygn. akt: KIO 2292/13**

**WYROK**  
**z dnia 9 października 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk**

**Członkowie: Robert Skrzyszewski**

**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2013 r. przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Aquanet S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań**

przy udziale:

- 1) **wykonawcy Aquanet Krzesinki Sp. z o.o., ul. Przemyska 5, 61-324 Poznań,**
- 2) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: WUPRINŻ S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań**

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu, tj. Aquanet S.A. w Poznaniu:**
  - **unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: WUPRINŻ S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Poznaniu oraz**

- ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym dokonanie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: Molewski Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), P.W. HYDROBUD Sp. z o.o., HYDROWAT PRBiM Sp. z o.o. i Wiesław Tarczyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą KANWOD Wiesław Tarczyński z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Chodczu oraz dokonanie czynności wszczęcia procedury wynikającej z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w odniesieniu do ofert złożonych przez: wykonawcę Aquanet Krzesinki Sp. z o.o. w Poznaniu i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienie, tj. Konsorcjum firm w składzie: WUPRINŻ S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Poznaniu;
2. kosztami postępowania obciąża **Aquanet S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Skanska S.A., ul. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania.
  - 2.2. zasądza od **Aquanet S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań** na rzecz wykonawcy **Skanska S.A., ul. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** kwotę: **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty 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 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## Uzasadnienie

Aquanet S.A. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Kontrakt K-10 – Aglomeracja Poznań: Budowa kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami na terenie Szczepankowa w Poznaniu – etap II”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 14 maja 2013 r. pod nr 2013/S 092-156370.

W postępowaniu tym wykonawca Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) w dniu 26 września 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 16 września 2013 r. (informacja przekazana faksem).

Zamawiający kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w postępowaniu w dniu 30 września 2013 r. W dniu 3 października 2013 r. do Prezesa Izby na piśmie wpłynęły dwa zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonane przez wykonawcę Aquanet Krzesinki Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Przystępujący Aquanet”) oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: WUPRINŻ S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Poznaniu (dalej: „Przystępujący Konsorcjum WUPRINŻ”). Kopie przystąpień zostały przekazane Odwołującemu i Zamawiającemu.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 8 października 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego.

W swoim odwołaniu Odwołujący zaskarżył czynności oraz zaniechania czynności Zamawiającego i naruszenie przez niego następujących przepisów prawa:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ jako najkorzystniejszej, mimo że Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia jej w związku z tym, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez: Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ, Przystępującego AQUANET oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum MOLEWSKI Sp. z o.o. z siedzibą w Chodczycy, P.W. HYDROBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, HYDRO WAT PRBiM Sp. z o.o. z siedzibą w Koninie oraz Wiesław Tarczyński prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą KANWOD Wiesław Tarczyński z siedzibą w Węglewie (dalej: „Konsorcjum Molewski”), - których treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 4) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nie zwrócenie się do Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ S.A., Przystępującego AQUANET oraz Konsorcjum MOLEWSKI o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ich ofert mających wpływ na wysokość ceny, a w konsekwencji uznanie, że ceny ich ofert nie są cenami rażąco niskimi;
- 5) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum MOLEWSKI przez uznanie wyjaśnień złożonych przez w/w wykonawcę za wystarczające do uznania, że spełnia on warunki udziału w niniejszym postępowaniu, podczas, gdy Konsorcjum MOLEWSKI nie spełnia tych warunków;
- 6) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, poprzez uznanie Zamawiającego, iż Konsorcjum MOLEWSKI udowodnił, iż będzie dysponował niezbędnymi do realizacji zamówienia;
- 7) § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 roku poz. 231) (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”), poprzez uznanie, iż Konsorcjum MOLEWSKI będzie dysponowało zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia;
- 8) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji odrzucenia ofert złożonych przez Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ, Przystępującego AQUANET oraz Konsorcjum MOLEWSKI,
- 3) wykluczenia Konsorcjum MOLEWSKI,
- 4) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) alternatywnie, jedynie z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł w przypadku nieuznania przez Izbę zarzutu odrzucenia złożonych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp o powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz zwrócenie się do wykonawców: Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ S.A., Przystępującego AQUANET oraz Konsorcjum MOLEWSKI o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał na wymogi SIWZ, które, które wskazywały na sposób wyceny ofert w niniejszym postępowaniu. I tak przywołał:

- pkt 15.1.3) SIWZ, TOM I - Instrukcja dla Wykonawców, zgodnie z którym oferty należało przygotować ściśle według wymagań określonych w niniejszej SIWZ,
- pkt 21.1, zgodnie z którym cena podana w ofercie musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia,
- Część III – Opis przedmiotu zamówienia, pkt 1 Dokumentacja Projektowa, DP-4 Przedmiar robót, pkt 4. Wycenianie, zgodnie z którym kontrakt będzie obejmował całość robót wycenionych w oparciu o stawki jednostkowe i ceny podane w wycenionym Przedmiarze Robót, a ceny i ceny jednostkowe podane w Przedmiarze Robót powinny być wartościami globalnymi, stanowić całkowitą, wszystko obejmującą wartość robót opisanych w tych pozycjach, włączając koszty i wydatki konieczne dla wykonania opisanych Robót razem z wszystkimi robotami tymczasowymi i instalacjami, które mogą okazać się niezbędne, oraz zawierać wszelkie ogólne ryzyko, obciążenia i obowiązki wymienione w Kontrakcie lub z jej wynikające, zaś koszty organizacyjne, ogólne, zysk i dodatki dotyczące wszystkich zobowiązań są równo rozłożone na wszystkie Ceny Jednostkowe. Ceny Jednostkowe i ceny – według przywołanych postanowień SIWZ powinny być wprowadzone dla każdej pozycji Przedmiaru Robót, a pozycje Robót opisanych w Przedmiarze Robót, przy których nie umieszczono żadnej stawki lub ceny, nie będą zapłacone przez

Zamawiającego po wykonaniu i będzie się uważało, że są pokryte przez stawki i ceny innych pozycji Przedmiaru Robót. Ceny Jednostkowe również powinny zawierać wszelkie podatki, opłaty celne i importowe oraz inne płatności, które nie zostały określone osobno w Przedmiarze Robót i ofercie. Zamawiający zawarł też postanowienie, iż cena za prace, których nie przedstawiono w oddzielnych pozycjach, została rozłożona na Ceny Jednostkowe i ceny podane dla innych elementów robót, zaś stawki i ceny powinny zawierać: robociznę, transport, testowanie, kontrolę jakości, materiały, zabezpieczenie, utrzymanie, użytkowanie i naprawy całego sprzętu, urządzeń czy narzędzi, wykonanie i utrzymanie wszystkich prac tymczasowych każdego rodzaju oraz wykonanie wszelkich czynności, jakie mogą być niezbędne dla prawidłowego wykonania Kontraktu.

Odwołujący podkreślił też, że zgodnie ze szczegółowymi zapisami SIWZ, TOM II - Kontrakt (opartego na warunkach umownych FIDIC) wynagrodzenie wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego/obmiarowego. Ponadto przywołał postanowienia Opisu Przedmiotu Zamówienia - Część III.2 SPECYFIKACJE TECHNICZNE WYKONANIA I ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH ST-00 Wymagania Ogólne, pkt 1.4.18 Organizacja ruchu, zgodne z którymi po stronie wykonawcy leży zapewnienie organizacji ruchu, w tym opracowanie projektów organizacji ruchu na czas budowy, uzyskanie wszelkich wymaganych uzgodnień i pozwoleń właścicieli dróg i właściwych władz oraz zapewnienie tymczasowego oznakowania informacyjnego w zakresie wpływu prowadzonej budowy na sieć komunikacyjną miasta Poznania i uprzedzające o objazdach. Zgodnie z powyższym na wykonawcy spoczywa obowiązek uzyskania, w imieniu Zamawiającego, zezwolenia na zajęcie pasa drogowego na czas prowadzenia Robót i z tego tytułu wykonawca poniesie koszty opłaty za zajęcie pasa drogowego (drogi + chodniki + pobocza). Natomiast koszty zmiany organizacji ruchu miały być płatne jako kwoty ryczałtowe dla poszczególnych ulic, wg pozycji w Przedmiarze Robót (PR.O - Wymagania Ogólne).

W związku z powyższym Odwołujący wskazał na stałe stawki opłat za zajęcie pasa drogowego wynikające z prawa miejscowego (określone na podstawie ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 260) w Uchwale Nr XLV/469/IV/2004 Rady Miasta Poznania z dnia 25 maja 2004 r. oraz zmieniającej ją Uchwale tego organu NR XL/604/VI/2012 z dnia 6 listopada 2012 r. w sprawie wysokości stawek opłat za zajęcie pasa drogowego dróg publicznych w granicach administracyjnych miasta Poznania). Wskazał na wysokości tych stawek: droga krajowa, wojewódzka 6 zł 8 zł 10 zł 5 zł 3 zł 2 powiatowa, gminna 3 zł 4 zł 8 zł 3 zł 2 zł.

Odwołujący wskazał też na postanowienia SIWZ, które wskazywały na podstawy płatności:

- pkt 9.1., zgodnie z którym podstawą płatności jest cena jednostkowa, skalkulowana przez wykonawcę dla danej pozycji w wycenionym Przedmiarze Robót, zaś dla pozycji przedmiarowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez wykonawcę w danej pozycji przedmiaru;
- 9.2., zgodnie z którym cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa zaproponowana przez oferenta za daną pozycję w wycenionym Przedmiarze Robót jest ostateczna i wyklucza możliwość żądania dodatkowej zapłaty za wykonane Roboty objęte tą pozycją przedmiarową. W Cenach jednostkowych i kwotach ryczałtowych, Zamawiający określił szereg elementów, które należało uwzględnić w tych cenach.

W związku z zapisami SIWZ Odwołujący wskazał, że w cenie elementów p. 1.4.18 SIWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia – Część III.2 SPECYFIKACJE TECHNICZNE WYKONANIA i ODBIORU ROBÓT BUDOWLANYCH ST-00 Wymagania Ogólne, opłata za zajęcie pasa drogowego nie może być wyceniona w innym miejscu załączonego przez Zamawiającego do SIWZ Przedmiaru Robót. Wskazał też, że dokumentacja Zamawiającego przewidywała różne zakresy zajęcia pasa drogowego dla różnych ulic. Przedstawił przykładowo wycenę dla ul. Szczepankowo. W załączniku nr 1 do odwołania wskazał też wyliczenia tych kosztów dla pozostałych ulic.

Według niego analiza porównawcza wartości złożonych do ofert kosztorysów przez Odwołującego oraz wykonawców Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ, Przystępującego AQUANET i Konsorcjum MOLEWSKI w zakresie pozycji Zmiany Organizacji Ruchu na czas robót (PR-0, poz. 1.4.1 kosztorysu), która obejmuje m.in. opłaty za zajęcie pasa drogowego, wskazuje, że wykonawcy ci nie spełnili obowiązku zawartego w opisywanych wyżej zapisach SIWZ, w związku z tym treści oferty tych wykonawców należy uznać jako niezgodne z treścią SIWZ. Z przeprowadzonego porównania według Odwołującego wynika, że wykonawcy ci nie wycenili w ogóle opłat za zajęcie pasa drogowego, do czego zobowiązani byli na podstawie w/w zapisów SIWZ. Tymczasem koszt wszystkich opłat za zajęcie pasa drogowego kształtuje się w opinii Odwołującego na poziomie ok. 0,5 mln złotych, natomiast dla przykładu cała pozycja 1.4.1 przedmiarów robót obejmujących te opłaty wynosi odpowiednio dla:

- 1) Przystępującego konsorcjum WUPRINŻ S.A. w kwocie 8 474 złotych netto,
- 2) Przystępującego AQUANET w kwocie 70 000 zł netto,
- 3) Konsorcjum MOLEWSKI w kwocie 110 000 złotych netto.

Odwołujący natomiast wycenił zgodnie z SIWZ całą pozycję 1.4.1 Przedmiaru PR-0 na kwotę 1 306 550 złotych netto. Odwołujący podkreślił też, że w/w kalkulacja Odwołującego uwzględnia bardzo korzystne warunki wykonywania robót (w szczególności pogodowe i gruntowo-wodne), a dodatkowo do samego czasu potrzebnego na wykonanie przedmiotowych prac doliczyć należy czas, który mają organy nadzoru inwestorskiego

działającego w imieniu Zamawiającego na odbiór wykonanych robót. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na to, że poza samą opłatą za zajęcie pasa drogowego należało w pozycji przedmiaru robót pkt 1 4. uwzględnić także ceny w szczególności: zapewnienie organizacji ruchu.

W ocenie Odwołującego wskazana niezgodność ofert z treścią SIWZ w zakresie wymogów co do sposobu obliczenia ceny jest istotną niezgodnością merytoryczną, skutkującą w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp odrzuceniem ofert. Powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. (sygn. akt: XII GA 117/09). Według niego Zamawiający oceniając oferty wskazanych wykonawców powinien zakwestionować wysokości przyjęte przez wykonawców dla pozycji odpowiadających swoim zakresem koniecznością uiszczenia opłat za zajęcie pasa drogowego, tym bardziej, że miał on w tym zakresie wątpliwości na co wskazuje fakt, iż wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wszystkich wykonawców do potwierdzenia poprawności wyceny przedmiotowych pozycji. Zamawiający powinien w szczególności podnieść, że przewidziany przez odpowiednio w/w trzech wykonawców koszt opłaty za zajęcie pasa drogowego jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa miejscowego, a z treści SIWZ wynika, że wymagana przez Zamawiającego kalkulacja w/w opłaty ma znaczenie dla treści oferty. Takie postępowanie Zamawiającego – zdaniem Odwołującego - stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał też na naruszenie przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez nie zwrócenie się przez Zamawiającego do wykonawców: Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ, Przystępującego AQUANET i Konsorcjum MOLEWSKI o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów ich ofert mających wpływ na wysokość ceny a w konsekwencji uznanie, że ceny ich ofert nie są cenami rażąco niskimi. Wskazał na ustaloną w protokole z postępowania wartość niniejszego zamówienia na kwotę: 32 786 823,45 PLN i kwotę podaną przed otwarciem ofert w wysokości: 35 067 645,95 złotych brutto oraz wartości ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, jak również ich procentowe odniesienie do budżetu Zamawiającego. Wskazał, że średnia cen ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wynosi 21 310 647 złotych, a oferty złożone w niniejszym postępowaniu względem oferty Odwołującego były niższe aż o od 16 mln złotych brutto do ok. 12 mln złotych brutto, tj. o aż o 53-36%. Mimo znacznych różnic pomiędzy ceną oferty Odwołującego, a wartością zamówienia oraz cenami pozostałych ofert, Zamawiający zaniechał wezwania wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w celu zbadania, czy ich oferty nie zawierają ceny rażąco niskiej. Na potwierdzenie swojego stanowiska powołał się na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. (sygn. akt XIX Ga 128/08).



Dodatkowo też według Odwołującego wątpliwość Zamawiającego, czy mamy do czynienia z cenami realnymi, za które możliwe jest wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób należyty, powinien wzbudzić sposób wycenienia przez wskazanych wykonawców opłat administracyjnych za zajęcie pasa drogowego. Podkreślił, że określone przez w/w wykonawców w kosztorysach ofertowych (poz. 1.4. ZMIANA ORGANIZACJI RUCHU) ceny jednostkowe za prace związane z zapewnieniem organizacji ruchu oraz opłat administracyjnych za zajęcia pasów w odniesieniu do określonych opłat w stosownych uchwałach Rady Miasta Poznania ukazują, że te pozycje kosztorysu są niedoszacowane, a co za tym idzie określona na ich podstawie cena ofertowa jest rażąco niska. Biorąc za punkt wyjścia stałe ceny opłat za zajęcie pasa oraz inne wymogi SIWZ – zdaniem Odwołującego - nie tylko cena jednostkowa dla tych pozycji jest nierealna, ale i że charakter taki można przypisać cenie ofertowej jako takiej, brak jest bowiem wyceny rzeczywistych kosztów wykonania wskazanych prac przez wykonawcę co powoduje, że jego oferta jest zaniżona. Tym samym, według niego, nie tylko ceny jednostkowe w ofercie w/w wykonawców są rażąco niskie, ale z uwagi na konsekwencje przyjęcia tak niskich cen jednostkowych - nadto przy przyjęciu wynagrodzenia kosztorysowego w tym postępowaniu – rażąco niska jest też cena całej oferty. Podkreślił, że Zamawiający nie mógł ocenić przesłanek wystąpienia rażącej niskiej ceny ofert wykonawców wobec nie wezwania ich do złożenia wyjaśnień na temat czynników kształtujących cenę ofert w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4); elementy budowania ceny są sprawą indywidualną danego wykonawcy i bez szczegółowych wyjaśnień Zamawiający nie może ich ocenić pod kątem wystąpienia rażąco niskiej - globalnej ceny oferty.

Podkreślił, że przyjmuje się, że granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji między wykonawcami, a rażąco niską ceną jest nieostra, dlatego Zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności „rzeczywistą relację wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego”. Tu powołał się na wyrok KIO z dnia 10 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 834/11). Zdaniem Odwołującego znacząca różnica oferty w/w wykonawców w odniesieniu do średniej ceny ofert, jak i ceny szacunkowej określonej przez samego Zamawiającego, a także duża różnica, jaka zachodzi pomiędzy ceną złożoną przez Odwołującego, powinna wzbudzić wątpliwości, czy cena wykonawcy pokryje wydatki związane z realizacją zamówienia, czy jest skalkulowana należycie, zwłaszcza gdy poważne wątpliwości budzi także - wobec cen jednostkowych oferowanych za wskazane prace przez innych wykonawców.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu wskazał, że Konsorcjum MOLEWSKI winno być wykluczone z udziału w postępowaniu, bowiem nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Podkreślił, że Zamawiający wezwał tego wykonawcę na podstawie art. 26 ust.

3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu – zobowiązania podmiotu trzeciego, które zostało uzupełnione w sposób nieprawidłowy. Pierwotne zobowiązanie nie zawierało bowiem wskazania, w jaki sposób będą udostępniane zasoby, a kolejne złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zobowiązanie firmy Kazimierz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: HYDROWAT Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych z siedzibą w Koninie zawiera oświadczenie, iż wykonawca udostępni swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa technicznego. Odnosząc się do powyższego Odwołujący wskazał, iż Konsorcjum MOLEWSKI zostało już raz wezwane do uzupełnienia dokumentów, dlatego też ponowne uzupełnienie jest niedopuszczalne i wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc się do przedłożonego zobowiązania zwrócił uwagę, iż udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie doradztwa technicznego, w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia są roboty budowlane zdaje się być niedopuszczalne. Podkreślił, że powoływanie się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego musi mieć charakter realny, w tym sensie, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia, a doświadczenie nie stanowi dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (art. 551 i art. 552 k.c.), według niego nie jest zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Według Odwołującego dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

Powołał się na przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wskazując, że w przypadku robót budowlanych przymiotu realności udostępnienia zasobu podmiotu trzeciego nie będzie miało świadczenie polegające na doradztwie technicznym, tym samym – jego zdaniem - nie jest możliwy fizyczny udział w realizacji robót budowlanych poprzez udzielanie porad, nawet jeśli są to porady techniczne. Zwrócił uwagę na to, że ustawodawca w odpowiedzi na pewne „bólączki” rynku co do udostępniania potencjału podmiotu trzeciego wprowadził przepis § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który umożliwia zamawiającemu ocenę relacji pomiędzy wykonawcą, a podmiotem udostępniającym zasoby. Przepis ten – w jego ocenie - umożliwia także ocenę, czy z takiego zobowiązania będzie wynikało udostępnienie zasobów potencjału podmiotu trzeciego w taki sposób, by zapewnić rękojmię należytego zamówienia. W związku z powyższym – jego zdaniem - w przypadku robót budowlanych tylko udział innego podmiotu powoduje, iż następuje realne udostępnienie zasobów. Podkreślił, że przywołany przepis rozporządzenia w sprawie dokumentów wymaga podania szczegółowych elementów relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaką zwykle przybiera postać

„zobowiązania podmiotu trzeciego”. Powołał się na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 1493/13.

W świetle powyższego w jego ocenie żadne z przedłożonych przez Konsorcjum MOLEWSKI zobowiązań nie wypełnia przepisów wskazanego rozporządzenia w sprawie dokumentów, są to bowiem raczej blankietowe zobowiązania, które dopuszczalne były na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego. Oba zobowiązania posiadają lakoniczną treść, która w zasadzie nie pokazuje relacji podmiotu udostępniającego z wykonawcą, a raczej wskazują, iż zobowiązania te zostały złożone w celu spełnienia warunku. Powołał się na wyrok KIO w sprawie o sygn. akt: KIO 953/13.

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo Odwołujący, wykazując nierealność wyceny ryczałtowej pozycji „Zmiana organizacji ruchu” w trzech kwestionowanych ofertach, przedłożył do akt sprawy schematy pasa drogowego i sposobu realizacji robót objętych niniejszym zamówieniem, wskazujące na konieczność dokonania wykopu o określonej wielkości i przy uwzględnieniu zasad bezpieczeństwa BHP wynikających z Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 6 lutego 2003 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych, wskazując też na zajętość pasa drogowego dziennie łącznie 90 m<sup>2</sup>, co powoduje konieczność przyjęcia w ramach kosztów kwoty 360 zł/dziennie. Przedłożył też do akt sprawy zestawienie tabelaryczne porównawcze stawek przyjętych w tym zakresie dla poszczególnych ulic objętych przedmiotem zamówienia w kwestionowanych ofertach oraz w ofercie Odwołującego. Podniósł, że nie ma znaczenia porównanie cen ofertowych prezentowanych przez Zamawiającego w innych postępowaniach, bowiem realizowane były one w innych warunkach. Zwrócił uwagę, że wycena inwestorska Zamawiającego niniejszego postępowania bez kosztów ogólnych, w których mieszczą się koszty związane z wyceną zajęcia pasa drogowego to kwota 22 280 118,49 zł, tym samym koszty ogólne przedmiaru nr PR0 - według wyceny inwestorskiej - to według niego koszty 6 229 000,00 zł, tym samym wycena w trzech kwestionowanych oferta tych kosztów nie jest adekwatna do wyceny inwestorskiej. Odwołujący też wykazywał brak zawyżenia oferty Odwołującego.

Zamawiający w toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania i co do zarzutów dotyczących wyceny w trzech ofertach kwestionowanych przez Odwołującego wskazał, że dokonał stosownego porównania zarówno cen jednostkowych, jak i ceny łącznej i nie stwierdził, aby istniało w tym zakresie podejrzenie rażąco niskiej ceny czy niewłaściwej wyceny w tych trzech ofertach, zaś wezwania o wyjaśnienia treści oferty, skierowane w trybie art. 87 ustępn 1 ustawy Pzp do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu,

wynikały z tego, że Zamawiający w wyniku porównania cen jednostkowych stwierdził rozbieżności w wycenie niektórych pozycji, w tym co do pozycji 1.4.1 „zmiana organizacji ruchu” i 1.4.2, jak i pozycji dotyczących wyceny separatorów w pozycjach 64, 65, 105 i 106 przedmiaru robót. Uzyskał w tym zakresie stosowne potwierdzenia od wszystkich wykonawców prawidłowości wyceny tych pozycji. Różnica wyceny w określonych pozycjach pomiędzy ofertą Odwołującego, a trzema pozostałymi ofertami kwestionowanymi w odwołaniu nie stanowiła, jego zdaniem, wystarczającej podstawy do wystąpienia w tym zakresie z żądaniem wyjaśnień w trybie art. 90 ustęp 1 ustawy Pzp, zgodnie bowiem z dotychczasowym orzecznictwem wystąpienie o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny jest możliwe w odniesieniu do całości ceny ofertowej, a nie poszczególnych cen jednostkowych.

Zamawiający przedłożył do akt sprawy zestawienia kalkulacyjne, porównawcze, które przeprowadził w związku z badaniem we wskazanym zakresie złożonych ofert. Pierwsze zestawienie wskazuje na różnice procentowe w poszczególnych ofertach w stosunku do kwoty, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie niniejszego zamówienia w wysokości 35 067 645,95 zł brutto. Drugie zestawienie przedłożył celem ukazania różnic pomiędzy ofertami najkorzystniejszymi, a kwotą przeznaczoną przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia w innych podobnych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego. Trzecie zestawienie przedłożył celem wykazania różnic w wycenie poszczególnych cen jednostkowych w ofertach, wskazując na zawyżenie wyceny pozycji w zakresie przepompowni w ofercie Odwołującego.

Co do zarzutu nie wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia przez konsorcjum MOLEWSKI wskazał, że Zamawiający nie wymagał w SIWZ żadnych innych dokumentów na potwierdzenie wykazania się przez wykonawcę dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego. Natomiast co do zapisu pkt 9.4 IDW wyjaśnił, iż zapis ten jedynie stanowi odzwierciedlenie regulacji zawartej w paragrafie 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów i użyte tam sformułowanie „może żądać dokumentów” wskazuje, że Zamawiający nie doprecyzował zakresu żądanych dokumentów, a zapis ten stanowi jedynie wypełnienie zaleceń organów kontroli wprowadzenia do zapisów SIWZ regulacji zawartych w rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Podkreślił, że uzupełnione przez Konsorcjum MOLEWSKI w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu trzeciego potwierdza spełnianie warunku przez tego wykonawcę, poprzez wykazanie doradztwa technicznego.

Przystępujący – AQUANET, jak i Konsorcjum WUPRINŻ - w swoich zgłoszeniach przystąpienia wnieśli o oddalenie odwołania. Prawidłowo zawiadomieni o terminie posiedzenia i rozprawy nie stawili się przed Izłą.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszeń przystąpień przez wykonawcę Aquanet Krzesinki Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm w składzie: WUPRINŻ S.A. (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska EKOWODROL Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Poznaniu. Izba uznała, że w tym zakresie zostały wypełnione wszystkie przesłanki wskazujące na formalnoprawną poprawność złożonych przystąpień, określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym, Przystępujący Konsorcjum WUPINŻ i Przystępujący Aquanet uzyskali w niniejszym postępowaniu odwoławczym status uczestników tego postępowania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców sklasyfikowanych w rankingu oceny ofert powyżej oferty Odwołującego, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono uwzględnieniu.

Izba ustaliła, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia została ustalona na kwotę: 32 786 823,45 zł netto, w której to wartości przewidziano wartość robót uzupełniających do 15%, tj. w kwocie: 4 276 542,19 zł. Wartość ta została ustalona przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego w dniu 4 marca 2013 r. Przed

otwarcie ofert w dniu 11 lipca 2013 r. Zamawiający podał kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie niniejszego zamówienia: 35 067 645,95 zł (brutto). Do upływu terminu składania ofert do Zamawiającego w tym postępowaniu wpłynęło pięć ofert:

- 1) oferta Przystępującego AQUANET - 18 971 427,74 zł,
- 2) oferta Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ - 15 286 588,06 zł,
- 3) oferta Konsorcjum MOLEWSKI - 19 643 100,00 zł,
- 4) oferta wykonawcy PIU GAZOPOL Ltd Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, którego to wykonawcę Zamawiający wykluczył z postępowania – 20 730 420,00 zł,
- 5) oferta Odwołującego - 31 921 699,19 zł.

Zamawiający pismami z dnia 30 sierpnia 2013 r. zwrócił się do wszystkich wykonawców w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie poprawności wyceny określonych pozycji przedmiaru robót PR-0 (pkt 1.4.1 Zmiana organizacji ruchu zakres robót jak dla Części I i pkt 1.4.2 - Zmiana organizacji ruchu zakres robót jak dla Części II) oraz robót PR-1 (poz. 64, 65, 105 i 106), jak i potwierdzenie poprawności wyceny robót związanych z wykonaniem kanalizacji sanitarnej i kanalizacji deszczowej, czy wykonawcy uwzględnili w tym zakresie opisane w SIWZ warunki gruntowe oraz konieczność odwodnienia. Pismami z dnia 30 sierpnia 2013 r. (wykonawcy PIU GAZOPOL Ltd Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie), z dnia 3 września 2013 r. (Przystępujący Konsorcjum WUPRINŻ), z dnia 2 września 2013 r. (Przystępujący AQUANET) i z dnia 5 września 2013 r. (Konsorcjum MOLEWSKI) wykonawcy ci potwierdzili, że wskazane koszty zostały przez niech ujęte w ofercie. Pismem z dnia 5 września 2013 r. również Odwołujący złożył Zamawiającemu w tym zakresie stosowne wyjaśnienia, przedstawiając w tym względzie szczegółowe uzasadnienie dokonanej przez siebie wyceny wskazanych przez Zamawiającego pozycji przedmiarowych.

Zamawiający w SIWZ w pkt 9.1.2) Tomu I SIWZ – IDW dokonał opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, wymagając od wykonawców wykazania się wykonaniem określonych robót budowlanych po dwie w trzech kategoriach i jedną czwartego rodzaju. W pkt 9.3 IDW przywołując treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wskazał na możliwość powoływania się przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał podmiotu trzeciego. W pkt 9.4 IDW wskazał, że w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do zasobów, Zamawiający może żądać dokumentów dotyczących w szczególności:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Konsorcjum MOLEWSKI w przedmiotowym postępowaniu w swojej ofercie złożyło wykaz zrealizowanych robót, z czego na potwierdzenie wykonania prac opisanych w tiret 1 pkt 9.1.2) IDW (realizacja co najmniej dwóch robót budowlanych dotyczących wykonania kanalizacji sanitarnej lub deszczowej o średnicy co najmniej DN 250 mm i o długości co najmniej 3 km każda, z rur PVC lub PP lub z rur kamionkowych) wskazało dwie prace:

- poz. 1 wykazu – Budowa kompleksowego systemu oczyszczania i odprowadzania ścieków dla Gminy Wola Krzysztoporska – etap II;
- poz. 2 wykazu – Budowa systemu odprowadzania ścieków w Kaliszu Kontrakt Nr 2004/PL/16/C/PE/008-02.

Druga z tych prac została wykonana przez firmę Kazimierz Kowalski prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: HYDROWAT Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych i Melioracyjnych z siedzibą w Koninie (dalej: „HYDROWAT”). W związku z tym do oferty Konsorcjum MOLEWSKI załączone zostało zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 10 lipca 2013 r.– firmy HYDROWAT, w którym wskazano, że stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp HYDROWAT zobowiązuje się do oddania jednemu z konsorcjantów Konsorcjum MOLEWSKI do dyspozycji zasoby na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez Zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający pismem z dnia 30 sierpnia 2013 r. wezwał Konsorcjum MOLEWSKI w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia w postaci pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego o oddaniu wykonawcy do dyspozycji określonych zasobów. Zamawiający wskazywał w tym wezwaniu na nieprawidłowości w zakresie przedłożonego w ofercie Konsorcjum MOLEWSKI zobowiązania przedsiębiorcy Kazimierz Kowalski PRBiM HYDROWAT z siedzibą w Koninie. Konsorcjum MOLEWSKI na skutek tego wezwania przedłożyło Zamawiającemu kolejne zobowiązanie wskazanej firmy z dnia 5 września 2013 r. wskazujące dodatkowo – w stosunku do treści zobowiązania

przedłożonego wraz z ofertą - na doradztwo techniczne przedsiębiorcy Kazimierz Kowalski PRBiM HYDROWAT.

Zamawiający w dniu 16 sierpnia 2013 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Przystępującego AQUANET. Przedstawił jednocześnie ustalony w wyniku badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert ranking wykonawców, wskazując na drugim miejscu: Przystępującego Konsorcjum WUPRIŻ, na trzecim miejscu Konsorcjum MOLEWSKI i na czwartym miejscu Odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z tą czynnością Zamawiającego i wniósł odwołanie, które jest aktualnie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu z uwagi na potwierdzenie się zarzutów dotyczących:

- zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum MOLEWSKI z uwagi na nie udowodnienie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia poprzez posługiwanie się w tym zakresie potencjałem podmiotu trzeciego bez koniecznego wykazania Zamawiającemu dysponowania tym potencjałem w czasie realizacji zamówienia,
- zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawców: Przystępującego AQUANET i Przystępującego Konsorcjum WUPRIŻ w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,

co w konsekwencji również potwierdziło naruszenie przez Zamawiającego zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Izba stwierdziła również, iż potwierdził się zarzut zaniechania wezwania przez Zamawiającego wykonawcy Konsorcjum MOLEWSKI w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jednak z uwagi na dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stwierdzić należało, że potwierdzenie się tego zarzutu nie ma istotnego wpływu na wynik postępowania. Powyższe wynika z faktu, iż Izba stwierdziła konieczność wykluczenia w postępowania Konsorcjum MOLEWSKI z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę. Z uwagi na to niezasadnym i bezcelowym byłoby nakazywanie Zamawiającemu wzywania wskazanego wykonawcy do składania wyjaśnień co do ustalenia, czy oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do



przedmiotu zamówienia. Z tych też względów potwierdzenie się tego zarzutu nie stanowi o podstawy uwzględniania odwołania.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum MOLEWSKI z powodu niewykazania spełniania przez tego wykonawcę warunku wiedzy i doświadczenia Izba stwierdziła, że obydwa zobowiązania do udostępnienia wymaganego w tym postępowaniu potencjału wiedzy i doświadczenia dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu – zarówno załączone do oferty Konsorcjum MOLEWSKI, jak i przedłożone Zamawiającemu w wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów, nie potwierdzają udostępniania przez firmę HYDROWAT Konsorcjum MOLEWSKI określonej wiedzy i doświadczenia zdobytej przez tę firmę przy realizacji robót budowlanych polegających na przebudowie systemu odprowadzania ścieków w Kaliszu (Kontrakt Nr 2004/PL/16/C/PE/008-02).

Dla wykazania udostępnienia określonego potencjału zdobytego i należącego do innego niż wykonawca podmiotu (podmiotu trzeciego) konieczne jest – w świetle dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp – wykazanie Zamawiającemu przez wykonawcę, że ten będzie miał realną możliwość korzystania z tego potencjału w trakcie realizacji danego zamówienia. Co do właściwego rozumienia wskazanego przepisu nie sposób pominąć zmian wprowadzonych w obowiązujących przepisach prawa. Zmiany te wprowadzają *de facto* nowe rozumienie tego przepisu w kontekście oceny udostępniania potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy. Przywołane zmiany zostały wprowadzone przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) („*rozporządzenie w sprawie dokumentów*”), którego przepisy obowiązują od dnia 20 lutego br. w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych począwszy od tej daty, a więc również w odniesieniu do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Istotną zmianę w tym zakresie wprowadziła m.in. regulacja zawarta w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, gdzie wskazuje się na możliwość żądania przez Zamawiającego określonych dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;

- c) charakteru stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Regulacja ta została wprowadzona w celu oceny przez zamawiającego czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy łączący wykonawcę z tymi podmiotami stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Potwierdza to uzasadnienie do projektu niniejszego rozporządzenia (str. 13): *„Przepis § 1 ust. 6 jest nową regulacją, nieprzewidzianą w uchylanym rozporządzeniu. Dotyczy on sytuacji, gdy wykonawca, wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, polega na zdolnościach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Przepis ten, urzeczywistnia normę wynikającą z ww. przepisów, zgodnie z którą wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Projektowana regulacja umożliwi zamawiającemu, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, żądanie, by wykonawca przedstawił stosowne dokumenty, w szczególności dokumenty dotyczące zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz dotyczące zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.”*(<http://legislacja.rcl.gov.pl>).

Nie dokonując w tym miejscu oceny zgodności wskazanego przepisu rozporządzenia z regulacjami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału, choć

niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego (podobnie Izba w wyroku z dnia 26 września 2013 r., sygn. akt: KIO 2182/13).

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Izby, Zamawiający w SIWZ wskazał na możliwość badania udostępnianego potencjału podmiotu trzeciego przez pryzmat § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Przywołał w SIWZ wprost wskazaną regulację prawną, więc nie sposób przypisać jej innego znaczenia aniżeli to, że założył – podobnie jak wskazany przepis to przewiduje – że będzie dokonywał badania zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, na którego potencjał wykonawca powołuje się, jak również sposobu wykorzystania tego potencjału przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim, czy też zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy realizacji przedmiotu zamówienia. Przywołane okoliczności nie zostały w żadnej mierze wykazane przez Konsorcjum MOLEWSKI, tak w ofercie, jak i na skutek wezwania go przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Przedłożone przez Konsorcjum MOLEWSKI dokumenty, tj. dwa zobowiązania podmiotu trzeciego (HYDROWAT), w minimalnym nawet zakresie nie wykazują powyższych okoliczności. Dokument załączony do oferty jedynie w sposób literalny przywołuje art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w treści zobowiązania podmiotu trzeciego, wskazując jedynie dodatkowo na przedmiot niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nazwę Zamawiającego. Z jego treści wprost nie wynika nawet, jakie konkretnie zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia zostały udostępnione przez HYDROWAT Konsorcjum MOLEWSKI. Wskazuje się tam generalnie na udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, podmiot trzeci nie określił natomiast, jakie to miałyby być zasoby wiedzy i doświadczenia.

Tym samym uzasadnione – zdaniem Izby - były wątpliwości samego Zamawiającego, które powziął on co do realności udostępniania zasobów wskazanego podmiotu Konsorcjum MOLEWSKI i wezwał go do uzupełnienia dokumentów. Zobowiązanie przedłożone w wyniku uzupełniania dokumentów również nie odwołuje się do takich okoliczności, na które wskazuje się w § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jak choćby do zakresu i okresu udziału firmy HYDROWAT przy wykonywaniu niniejszego zamówienia, czy też charakteru stosunku, jaki będzie łączył te dwa podmioty w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Przywołany w uzupełnionym zobowiązaniu sposób wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia Konsorcjum MOLEWSKI także nie został przez wykonawcę w sposób

wiarygodny wykazany. W zobowiązaniu wskazuje się bowiem jedynie na doradztwo techniczne. Wykonawca nie wykazał jednak, czy to poprzez treść wskazanego zobowiązania, czy też inne dokumenty (dowody), na czym faktycznie owo doradztwo techniczne miałyby polegać i jak byłoby wykonywane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Należy tymczasem pamiętać, iż w świetle tak art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ciężar wykazania – w pierwszym przypadku dysponowaniem potencjałem podmiotu trzeciego i wykorzystaniem tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia, w drugim przypadku – spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym co do wiedzy i doświadczenia, w tym także w sytuacji opierania się w tym zakresie przez wykonawcę na potencjale podmiotu trzeciego – spoczywa na wykonawcy. Konsorcjum MOLEWSKI nawet nie podjęło takiej prób dowodowej.

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należało, że Konsorcjum MOLEWSKI - stosownie do dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp - powinno być wykluczone z udziału w postępowaniu z uwagi na nie wykazanie dwóch robót budowlanych na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 9.1.2) tiret 1 IDW, a w konsekwencji złożona przez nie oferta – w trybie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - winna być uznana za odrzuconą. Brak było w tym względzie możliwości wezwania Konsorcjum MOLEWSKI do uzupełniania dokumentów z uwagi na skorzystanie w tym względzie przez Zamawiającego z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do wskazanego wykonawcy i spełniania przez niego przywołanego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się w drugiej kolejności do zarzutów zaniechania wezwania do wyjaśniania w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia co do oferty Przystępującego AQUANET i Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ, Izba stwierdziła, że zarówno ceny ofertowe obydwu wykonawców za całość zamówienia, jak i wycena jednego z istotnych elementów ceny ofertowej, tj. kosztów organizacji wykonania inwestycji, z uwagi na szczególny charakter sposobu rozliczenia tej inwestycji przewidzianego przez Zamawiającego w SIWZ, wskazywały na konieczność skierowania przez Zamawiającego wezwania do wskazanych wykonawców w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do łącznej ceny ofertowej Izba stwierdziła, że odnosząc wartości ofert Przystępującego AQUANET (18 971 427,74 zł brutto, w tym cena netto: 15 423 924,99 zł) i Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ (15 286 588,06 zł brutto, w tym cena netto:

12 428 120,37 zł) do wartości przedmiotu zamówienia (35 067 645,95 zł powiększonej o wartość podatku VAT, bez wyceny robót uzupełniających) z pewnością powstała uzasadniona wątpliwość, czy wskazane oferty zawierają realną i rynkową wycenę robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia, uwzględniających wszystkie koszty inwestycji i umożliwiających jej prawidłową realizację, bez ryzyka poniesienia przez wskazanych wykonawców strat, a w efekcie nieprawidłowości i zakłócenia w realizacji tej inwestycji. Ceny ofertowe wskazanych wykonawców w sposób znaczny odbiegają od wyceny kosztorysowej inwestycji objętej przedmiotem zamówienia, a Zamawiający nie podważył w żaden sposób dokonanej przez siebie wyceny kosztorysu inwestorskiego. W tym zakresie zatem powinien on być skierować obowiązkowe zapytanie do wykonawców o sposób wyceny ich ofert, weryfikując, czy w tym przypadku istniały jakieś obiektywne czynniki pozwalające wskazanym wykonawcom na ustalenie wyceny ofertowej na tak niskim – w stosunku do kosztorysu inwestorskiego – poziomie.

Takie wątpliwości zresztą powziął sam Zamawiający, kierując do wskazanych wykonawców, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, ogólne zapytanie o potwierdzenie wyceny określonych prac w ofertach tych wykonawców, w tym także co do kosztów organizacji wykonania inwestycji. Wskazane zapytanie – zdaniem Izby – nie może wyczerpywać obowiązkowej procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji powstania wątpliwości co do poziomu ceny ofertowej przed formalnym uznaniem, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty wykonawcy w trybie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego stwierdzić należało, że wątpliwości Zamawiającego powinna również wzbudzić wycena przez wskazanych wykonawców pozycji kosztorysu ofertowego - zamiana organizacji ruchu, której należało dokonać w oparciu o przedmiar PR.0. Zgodnie z wyceną tych prac dokonaną przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim ich wartość kształtowała się na poziomie: 1 264 972,08 zł (łącznie pozycje 15/744 i 47/656 wyciągu kosztorysu inwestorskiego przedłożonego do akt sprawy przez Zamawiającego w toku rozprawy). Odwołujący z kolei wykazywał, że wycena ta kształtowała się na poziomie 6 229 000,00 zł. Tymczasem w kwestionowanych ofertach prace te zostały wycenione przez przywołanych wykonawców na poziomie:

- Przystępujący AQUANET – 84 000,00 zł;
- Przystępujący Konsorcjum WUPRINŻ – 10 374,00 zł,

podczas gdy w ofercie Odwołującego prace te zostały wycenione na poziomie: 1 398 550,00 zł. Niezależnie od tego, którą wartość wyceny tych prac w kosztorysie inwestorskim przyjmimy za prawidłową - wskazywaną przez Odwołującego, czy też przez Zamawiającego (Zamawiający nie przedstawił do akt sprawy całości kosztorysu inwestorskiego) wycena tych prac w ofertach wskazanych wykonawców w odniesieniu do obu wartości odnoszących się do kosztorysu inwestorskiego budzi uzasadnione wątpliwości.

Istotne jest także to, że Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, że w wycenie wskazanych kosztów organizacji wykonania inwestycji, uwzględniał stawki z tytułu opłaty za zajęcie pasa drogowego, wynikające z prawa miejscowego. Koszty te w ofertach kwestionowanych wykonawców w sposób znaczny zatem zaniżyły łączną cenę ofertową z tego też względu powyższa wycena powinna być w sposób szczególny zweryfikowana przez Zamawiającego w ramach udzielanych przez tych wykonawców wyjaśnień.

Niewątpliwie wskazany element wyceny stanowi jedynie jeden element ceny ofertowej. Zamawiający jednak w tym postępowaniu ze względu na specyfikę postanowień SIWZ dotyczących wyceny ofert składanych przez wykonawców, w szczególności wobec innego sposobu wyceny tych prac, które – w odróżnieniu od pozostałych objętych przedmiotem zamówienia będą rozliczane w formie ryczałtu – także wobec postanowień SIWZ, które nakazywały wykonawcom wycenę konkretnych kosztów konkretnych prac wyłącznie w danej pozycji kosztorysowej, czy też w danym kosztorysie, powinien zwrócić uwagę na dokonaną przez wykonawców wycenę odrębnie w ramach przewidzianej formy kosztorysowej wynagrodzenia i odrębnie w ramach prac objętych ryczałtowym sposobem wynagrodzenia. Uwzględniając te oraz inne przywoływane przez Odwołującego postanowienia SIWZ wykonawcy mieli obowiązek wyceny kosztów organizacji wykonania inwestycji odrębnie, niezależnie od wyceny pozostałych prac w ramach kosztorysowego wynagrodzenia, dla którego istotne znaczenie mają poszczególne ceny jednostkowe. W świetle powyższego nie można zatem przyjąć, że wycena w ramach kosztorysu PR.0 nie ma znaczenia. Nie można również, uwzględniając wymogi Zamawiającego co do sposobu obliczenia ceny, przyjąć, że koszty te mogły być ujęte w innych pozycjach kosztorysu. Skoro zatem koszty te w ofertach Przystępującego AQUANET oraz Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ w sposób znaczący odbiegały od wyceny kosztorysu inwestorskiego (jak wskazano powyżej), co także miało wpływ na obniżenie łącznej ceny ofertowej, powyższe uzasadniało tym bardziej skierowanie do wskazanych wykonawców wezwania do złożenia wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. Istotna w tym zakresie jest również wykazywana przez

Odwołującego okoliczność, iż znaczna część kosztów składających się na koszty organizacji inwestycji to koszty związane z zajęciem pasa drogowego, które wynikają z przepisów prawa miejscowego (uchwała Nr XLV/469/IV/2004 Rady Miasta Poznania z dnia 25 maja 2004 r. ze jej zmianą dokonaną uchwałą Nr XL/604/VI/2012 Rady Miasta Poznania z dnia 6 listopada 2012 r.).

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż we wskazanym zakresie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Zdaniem Izby nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym zarzuty dotyczące niegodności z treścią SIWZ ofert wykonawców: Przystępującego AQUANET, Przystępującego Konsorcjum WUPRINŻ i Konsorcjum MOLEWSKI i zaniechania w tym względzie przez Zamawiającego odrzucenia tych ofert w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby na tym etapie postępowania, w sytuacji gdy wskazani wykonawcy nie udzielili Zamawiającemu wyjaśnień co wyceny swoich ofert w kontekście rażąco niskiej ceny nieuprawnione i przedwczesne byłoby uznanie, że nie dokonali wyceny swoich ofert zgodnie z wymogami SIWZ, uwzględniając określony tam przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze oraz ust. 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Zamawiającego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 20 000 zł.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....