

**WYROK**

**z dnia 19 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 września 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 września 2012 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o.o., P.W. "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 **Wodociągi Kieleckie Sp. z o.o., ul. Krakowska 64, 25-701 Kielce**.

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o.o., P.W. "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 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: MOLEWSKI Sp. z o.o., P.W. "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** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Zamawiający: Wodociągi Kieleckie Sp. z o.o. w Kielcach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane dla zadania pn. Kontrakt IV Budowa systemu kanalizacji sanitarnej i wodociągowej w Masłowie - cz. Południowa.

Dokonał w dniu 30 sierpnia 2012r., wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Wykonawców: AKWEDUKT Sp. z o.o. w Kielcach - Lider Konsorcjum, PRI J. Korkosz Sp. j., w Nisku - Partner Konsorcjum.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - KONSORCJUM FIRM: MOLEWSKI Sp. z o.o. w Chodczu - Lider Konsorcjum, P.W. HYDROBUD Sp.z o.o. w Kamienicy, PROFITECT Sp. z o.o. w Łasku i Firma Projektowo – Budowlana Zakład Instalacji Sanitarnych PROTEK Sp. z o.o., Sp. k. - Partnerzy Konsorcjum (dalej zwani odwołującym) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 września 2012 r. odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych przez obrazę przepisów art. 7 ust. 1 i 3; art. 23 ust. 2, art. 24 ust. 2 pkt 4; art. 26 ust. 3 i 4; art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4; art. 90 ust. 1; art. 91 ust. 1 i 2; ustawy - Prawo zamówień publicznych (ustawy pzp) przez niezgodne z zasadami określonymi ustawą dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert i wykluczenia Konsorcjum Firm, którego liderem jest AKWEDUKT Sp. z o.o. oraz Konsorcjum Firm, którego liderem jest WUPRINŻ SA z postępowania oraz odrzucenia złożonych przez nich ofert; uznanie, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

W ocenie Odwołującego, po zapoznaniu się z całą dokumentacją przetargową, czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Wykonawców reprezentowanym przez AKWEDUKT Sp. z o. o. została dokonana z naruszeniem przepisów i zasad prawa zamówień publicznych.

Jedynym kryterium oceny ofert była cena. Ujawniono, że wybrany Wykonawca złożył ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 47.771.970,15 zł. brutto, zaś druga najniższa oferowana cena w wysokości 54.558.314,19 zł została złożona przez Konsorcjum Firm, których liderem był WUPRINŻ SA.

Mimo że najniższa zaproponowana cena wraz z podatkiem VAT była znacznie niższa od połowy wartości przyjętej przez Inwestora, Zamawiający nie wezwał na podstawie art. 90 ust.

1 ustawy p.z.p. Konsorcjum AKWEDUKT Sp. z o.o. do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny poprzez udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia.

Dla profesjonalnego Zamawiającego oraz doświadczonych Wykonawców oczywistym jest uzasadnione podejrzenie, że cena zaoferowana przez Konsorcjum Firm, reprezentowane przez AKWEDUKT Sp. z o. o. jest ceną rażąco niską (co wynika z faktu, iż cena w tej ofercie jest o ok. 77% niższa w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w liczbach bezwzględnych o 6,7 mln zł. niższa od następnej i aż o 11,6 mln zł. w stosunku do trzeciej, co należało kwalifikować również jako działanie naruszające zasady uczciwej konkurencji.

Rażąco niska cena to cena niewiarygodna, nierealistyczna, niepozwalająca na zrealizowanie przedmiotu zamówienia w sposób gwarantujący należyte wykonanie, to cena, która nie pokrywa kosztów realizacji przedmiotu zamówienia, przez co budzi wątpliwości, co do zgodności z zasadami konkurencji oraz co do możliwości należytego wykonania zamówienia. Wybranie oferty o ok. 77% tańszej w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia bez przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego jest rażącym naruszeniem prawa. Odwołujący podnosi, że cena oferowana przez AKWEDUKT Sp. z o. o. jest nierzetelnie skalkulowana, co nie daje gwarancji należytego wykonania zamówienia.

Wskazał na przesłankę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Jako argumentację przedstawił zestawienie istotnych elementów przedmiotu zamówienia, które uznać należy za szczególnie bezpodstawnie zaniżone w ofercie wybranego Wykonawcy z wskazaniem wartości w poszczególnych zadaniach w ofercie odwołującego i ofercie wybranej przedstawiając różnice wartości stanowiące w szeregu pozycji krotności.

Roboty polegające na budowie sieci kanalizacyjnej i wodociągowej nie należą do bardzo skomplikowanych w porównaniu z innymi zamawianymi w ramach zamówień publicznych robotami, ale nie należą również do zadań o niewielkim stopniu złożoności, jednakże wymagają zawsze znacznych nakładów finansowych, zarówno po stronie Wykonawcy, jak i Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, w sytuacji gdy Zamawiający - nie wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień, to tym samym naruszył zasady z art. 7 ust. 1 ustawy pzp i dopuścił się wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Kolejnym błędem Zamawiającego przy ocenie prawidłowości wybranej oferty było odstępianie przez Niego od wezwania Konsorcjum AKWEDUKT Sp. z o.o. zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy pzp do uzupełnienia pełnomocnictwa, które zostało złożone w ofercie wybranego wykonawcy z wadą umocowania dla p. K..... G..... - Dyrektora Spółki - Członka Zarządu w firmie AKWEDUKT Sp. z o.o.

Z treści przedłożonego w ofercie dokumentu wynika iż PRI J. Korkosz Sp. j., Nisko - Partner Konsorcjum upoważnia Pana K..... G..... „do samodzielnego reprezentowania spółki PRI J. Korkosz w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez Zamawiającego tj. Wodociągi Kieleckie Sp. z o.o.". W związku z powyższym pełnomocnictwo umocowuje Pana K..... G..... do reprezentowania wyłącznie firmy PRI J. Korkosz Sp. j., nie zaś konsorcjum, a co za tym idzie można uznać, że oferta Konsorcjum AKWEDUKT Sp. z o.o. została złożona przez nieumocowanego pełnomocnika.

Wskazał także, że Zamawiający nie wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy p.z.p. Konsorcjum AKWEDUKT Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia wadliwie wypełnionego załącznika nr 9 do oferty tj. „zestawienie danych finansowych wykonawcy". Załącznik nr 9 zgodnie z jego opisem należało uzupełnić w przypadku złożenia przez Wykonawców dokumentów zawierających dane finansowe w innych walutach niż PLN ..., natomiast wartości z dokumentów finansowych Konsorcjum Firm, reprezentowane przez AKWEDUKT Sp. z o.o. załączonych do oferty tj. przychody netto ze sprzedaży, środki finansowe lub zdolność kredytowa, czy ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności przez Wykonawcę wynikają w PLN.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że błędnie dokonano wyboru oferty.

II. Odnośnie oferty złożonej przez Konsorcjum Firm, której liderem był WUPRINŻ SA. Co do treści złożonej oferty przez to Konsorcjum, odwołujący zarzucił niespełnienie warunku udziału w postępowaniu przetargowym, jaki został określony w pkt 9 ppkt 2a) SIWZ.

Złożony w ofercie wykaz osób Konsorcjum WUPRINŻ SA nie potwierdza że p. D..... N..... wskazany w ofercie jako Przedstawiciel Wykonawcy spełnia pięcioletnie doświadczenie (60 m-cy) w zarządzaniu kontraktem lub kontraktami na stanowisku Przedstawiciel Wykonawcy, Kierownik Zespołu, Kierownik Projektu lub stanowisku równoważnym. Z dokumentów załączonych przez Wykonawcę wynika, że Pan D.....z N..... posiada jedynie 56 m-cy doświadczenia w pełnieniu funkcji Przedstawiciela Wykonawcy, czy Kierownika budowy.

Zważywszy na powyższe, zdaniem Odwołującego drugi w kolejności z najniższą ceną wykonawca również nie złożył prawidłowej oferty i winien być z tego powodu wykluczony z postępowania, a jego oferta winna być odrzucona, albowiem nie spełnia wymogów przewidzianych w SIWZ w zakresie doświadczenia wymaganego personelu, a także zachodzi uzasadniona obawa, że jego cena również jest rażąco niska w stosunku do wartości przyjętej przez Zamawiającego, a co nie zostało wyjaśnione. W celu zobrazowania nierealności ceny zaproponowanej przez Konsorcjum WUPRINŻ-S.A., Odwołujący przedstawił podsumowanie poszczególnych zadań do realizacji zamówienia, które uznać należy za szczególnie zaniżone.

Zamawiający wniósł oddalenie odwołania.

Uznał zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy za bezpodstawny i stwierdził, że nie zaistniało prawdopodobieństwo, iż zaoferowana cena wykonawcy jest rażąco niska w stosunku do wartości zamówienia. Uznał, iż nie miał wątpliwości co do cen zakwestionowanych przez odwołującego. Zauważył, że średnia cena wszystkich ofert w tym postępowaniu w stosunku do wartości zamówienia wynosi ok. 40%. Stwierdził, że obecna sytuacja na rynku usług budowlanych zmusiła wykonawców do ostrej walki konkurencyjnej i ceny rynkowe są realnie znacząco niższe.

Stwierdził, że pełnomocnictwo osoby podpisującej wybraną ofertę jest prawidłowe i zostało załączone do oferty (s.9)

Wskazał na treść SIWZ w pkt 9.2 a oraz treść oferty sklasyfikowanej na drugim miejscu z informacjami zawartymi w ofercie sklasyfikowanej na 2 miejscu (załączniki 4 i 5) i stwierdził, że wykonawca właściwie wykazał wymagane doświadczenie osoby wyznaczonej do pełnienia funkcji Przedstawiciela Wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty, w stosunku do których podniesione zostały zarzuty oraz biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zważyła co następuje.

Odnośnie zarzutu zaniechania zastosowania przez zamawiającego procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy pzp i dalej idącego zarzutu co do złożenie przez wykonawców ofert z ceną rażąco niską, Izba uznała zarzuty za niezasadne. Stwierdzono, że wszystkie oferty złożone w postępowaniu zawierały ceny znacząco niższe od kwoty, jaką zamawiający podał bezpośrednio przed otwarciem ofert (art. 86 ust. 3 ustawy pzp).

Izba zauważyła, że twierdzenie odwołującego o zaoferowaniu przez wybranego wykonawcę ceny nierealnej nie zostało uzasadnione. Stwierdzić przy tym należy, że istotnie średnia cen wszystkich ofert wynosi ok. 40% wartości zamówienia. Gdyby zatem za podstawę domniemania o rażąco niskiej cenie przyjąć wartość zamówienia, art. 90 ust. 1 ustawy pzp musiałby mieć zastosowanie do wszystkich złożonych ofert, w tym odwołującego. Odwołujący w istocie nie wykazał, że granica pomiędzy ceną realną a nierealną przebiega tuż przy jego cenie, którą deklaruje jako poprawnie skalkulowaną. Skład orzekający uznaje za zasadne stanowisko zamawiającego, że złożone oferty w niniejszym postępowaniu są w znacznej części cenowo porównywalne (zwłaszcza oferta wybrana i oferta odwołującego), co uzasadnia stwierdzenie, że są to ceny rynkowe, dla których nie było podstaw domniemania ceny rażąco niskiej.

Oczywiście bezzasadny jest zarzut dotyczący braków w pełnomocnictwie udzielonym liderowi konsorcjum i osobie reprezentującej lidera. Z treści pełnomocnictwa załączonego do oferty jednoznacznie wynika, że obydwie podmioty składają ofertę wspólną, a prawidłowo ustanowiony pełnomocnik wykonawców jest również osobą występującą w imieniu lidera. W ocenie Izby zbędne byłoby formułowanie dodatkowego pełnomocnictwa „dla samego siebie”. Zarzuty podniesione wobec wykonawców, których oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu Izba uznaje za nieuzasadnione. Argumenty wskazane wyżej w zakresie braku podstaw do domniemania ceny rażąco niskiej są tożsame w odniesieniu do tej oferty.

Odnosnie zarzutu niewykazania wymaganego doświadczenia osoby przedstawionej jako mającej pełnić funkcję przedstawiciela wykonawcy Izba uznaje, że wykonawca wykazał doświadczenie wymagane postanowieniami pkt 9.2a siwz, a informacje zawarte w załączniku nr 4 i 5 oferty potwierdzają, że oferent dysponuje osobą posiadającą co najmniej 5 lat doświadczenia w zarządzaniu kontraktem na określonych w siwz stanowiskach zważywszy przy tym, że może być uznane za stanowisko równoważne (zgodnie z siwz) pełnienie również funkcji zarządzania kontraktem ze strony inwestora.

W świetle powyższego uznając, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i nie naruszył tą czynnością wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych z uwzględnieniem postanowień 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: .....