

Sygn. akt: KIO 1239/11

WYROK

z dnia 24 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow
Członkowie: Piotr Kozłowski
Sylwester Kuchnio
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (1) Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (Królestwo Hiszpanii), (3) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowanych przez: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11 A; 02-673 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa**

przy udziale

wykonawców **SALCEF COSTRUZIONI ED1LI E FERROVIARIE S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy) i SALCEF COSTRUZIONI ED1LI E FERROVIARIE S.p.A. SA Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Łucka 15/616, 00-842 Warszawa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje dokonanie unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy SALCEF do złożenia dokumentów dotyczących wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp oraz zwrócenia się do wykonawcy SALCEF o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp.**

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (1) Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (Królestwo Hiszpanii), (3) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowanych przez: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11 A; 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania;
- 2) zasądza od zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** na rzecz **wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia (1) Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (Królestwo Hiszpanii), (3) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowanych przez: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11 A; 02-673 Warszawa** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1239/11

Uzasadnienie

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa (reprezentowany przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Oddział w Gdańsku, ul. Dyrekcyjna 2-4, 80-958 Gdańsk) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn. „Rewitalizacja i modernizacja tzw. *Helskiego korytarza kolejowego* – linii kolejowej nr 213 Reda-Hel” (od km 0,000 do km 61,800), współfinansowanego z UE – Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego dla Województwa Pomorskiego na lata 2007-2013«. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

19.02.2011 r. ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2011/S 35-057418.

31.05.2011 r. zamawiający zawiadomił mailowo o: wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy SALCEF COSTRUZIONI ED1LI E FERROVIARIE S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy);

10.06.2011 r., zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 lit. a Pzp, **wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia (1) Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, (2) Acciona Infraestructuras S.A. z siedzibą w Madrycie (Królestwo Hiszpanii), (3) TOR-KAR-SSON Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, reprezentowani przez: Mostostal Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11 A; 02-673 Warszawa** wnieśli do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez **SALCEF COSTRUZIONI ED1LI E FERROVIARIE S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy) i SALCEF COSTRUZIONI ED1LI E FERROVIARIE S.p.A. SA Oddział w Polsce z siedzibą w Warszawie, ul. Łucka 15/616, 00-842 Warszawa, (dalej „SALCEF”)**;
- 2) zaniechanie:

- a) wykluczenia z postępowania wykonawcy SALCEF z uwagi na niewykazanie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, względnie wezwania wykonawcy SALCEF w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów,
- b) przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę SALCEF w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp – przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – przez błędne przyjęcie, że wykonawca SALCEF wykazał się spełnianiem warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy SALCEF do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 4) art. 90 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie żądania od wykonawcy SALCEF wyjaśnień czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę;
- 5) art. 91 ust. 1 Pzp – przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy SALCEF, pomimo faktu, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę budzi poważne wątpliwości czy nie jest ceną rażąco niską.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej – oferty złożonej przez wykonawcę SALCEF;
- 2) nakazanie ponownej oceny i ponownego badania ofert oraz:
 - a) wykluczenie z postępowania wykonawcy SALCEF z uwagi na niewykazanie spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, względnie nakazanie wezwania wykonawcy SALCEF, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia dokumentów, a w przypadku nieuzupełnienia dokumentów wykluczenia wykonawcy SALCEF i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
 - b) przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego mającego na celu ustalenie czy oferta złożona przez wykonawcę SALCEF zawiera rażąco niską cenę, a w przypadku potwierdzenia, że cena zaoferowana przez wykonawcę SALCEF jest ceną rażąco niską – odrzucenie tej oferty i wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Stosownie do treści pkt 8.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „specyfikacji” bez bliższego określenia) zamawiający sformułował następująco brzmienie warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia:

„8.3.1. W zakresie warunku określonego w punkcie 8.2.2 wymagane jest wykazanie przez wykonawcę wykonania robót budowlanych w rozumieniu ustawy [...] Prawo budowlane [...] w ramach zamówienia lub zamówień obejmujących co najmniej: [...]

c) zabudowę 1 (jednego) systemu stacyjnych urządzeń srk,

d) zabudowę 2 (dwóch) kpi urządzeń samoczynnej sygnalizacji przejazdowej (SSP) na przejazdach kolejowych,

e) zabudowę 2 (dwóch) kpi urządzeń telewizji użytkowej (tvu) na przejazdach kolejowych (...).”.

Jednocześnie w specyfikacji zamawiający zgodnie z przepisami ustawy dopuścił możliwość polegania przez wykonawcę na doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnego doświadczenia na okres korzystania z niego przy wykonywaniu zamówienia.

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowych warunków wykonawca SALCEF przedstawił sporządzony na podstawie załącznika nr 6 do specyfikacji *Wykaz wykonanych robót* oraz załączył pisemne zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia mu doświadczenia w zakresie ww. warunków. Doświadczenie potwierdzające ww. warunek zostało udostępnione wykonawcy SALCEF przez podmiot Krakowskie Zakłady Automatyki S.A. z siedzibą w Krakowie, (dalej „KZA S.A.”).

Zobowiązanie podmiotu KZA S.A. świadczące o udostępnieniu wykonawcy SALCEF potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia obarczone jest wadą, która nie pozwala uznać oświadczenia za wypełniające wymagania specyfikacji oraz dyspozycji art. 26 ust. 2b Pzp. Przedmiotowe zobowiązanie zostało udzielone warunkowo, a sam fakt „użyczenia” doświadczenia uzależniony został od faktu zlecenia przez wykonawcę SALCEF na rzecz podmiotu KZA S.A. robót oferowanych przez podmiot KZA S.A. w rozpoznawanym postępowaniu. Hipotetycznie gdyby wbrew ustaleniom z podmiotem KZA S.A., wykonawca SALCEF nie zlecił podmiotowi KZA S.A. robót w przypadku wygrania przetargu – nie miałby prawa do posługiwania się jego potencjałem w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dlatego wykonawca SALCEF nie wykazałby spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, co powodowałoby niespełnianie warunku udziału w postępowaniu.

W wyroku z 29 kwietnia 2010 r. Izba stwierdziła, że przepis art. 26 ust. 2b Pzp nie stanowi o możliwości złożenia warunkowego zobowiązania w zakresie dysponowania zasobami, a ponadto wynika z niego ciężar udowodnienia przez wykonawcę faktycznej możliwości dysponowania danymi osobami (sygn. akt KIO/UZP 624/10). W wyroku z 12 maja 2011 r., sygn. akt KIO 786/11, KIO 797/11 KIO stwierdziła, że zamawiający słusznie wezwał konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia podmiotu o udostępnieniu swoich zasobów, ponieważ pierwotnie złożone oświadczenie było warunkowe, a przez to nieprawidłowe.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, jak również orzecznictwem – dokumenty złożone przez wykonawców muszą potwierdzać w sposób niezbity, nie pozostawiający wątpliwości, spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Okoliczność spełniania bądź nie- warunków udziału w postępowaniu nie może być pozostawiona interpretacji zamawiającego ani jego dobrej woli, lecz musi wynikać jednoznacznie z załączonych dokumentów (wyrok KIO z 11 maja 2010 r., sygn. akt KIO 669/10).

Z uwagi na fakt złożenia w ofercie warunkowego zobowiązania do korzystania z potencjału podmiotów trzecich – wykonawca SALCEF nie wykazał spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. W konsekwencji wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania, względnie wezwany do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wartość oferty złożonej przez wykonawcę SALCEF wynosi 114.038.474,79 zł brutto. Z kolei wartość oferty odwołującego (kolejnej po ofercie wykonawcy SALCEF) wynosi 140.573.780,85 zł brutto. Daje to różnicę w stosunku do kolejnego wykonawcy wynoszącą około 26.500.000 zł.

Zachodzi podejrzenie, że oferta wykonawcy SALCEF zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Tym samym u zamawiającego powinny się być przynajmniej zrodzić wątpliwości w tym zakresie i zamawiający powinien przeprowadzić stosowne postępowanie wyjaśniające zgodnie z procedurą wynikającą z art. 90 ust. 1 Pzp.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny i orzecznictwa (wyrok KIO z 22 grudnia 2008 r. o sygn. akt 1443/08) zamawiający zobowiązany był zwrócić się do wykonawcy SALCEF o wyjaśnienie czy złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia może być przede wszystkim szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia powiększona o podatek od towarów i usług oraz cena innych ofert złożonych w postępowaniu. Różnica między ceną oferty wykonawcy SALCEF a szacunkową wartością przedmiotu zamówienia powiększoną o VAT wynosi ok. 103.000.000 zł, tj. ok. 52%. Różnica ceny wykonawcy SALCEF w stosunku do ceny oferty odwołującego wynosi ok. 23%.

Wielokrotnie w doktrynie podnosi się, że brak jest ustalenia, jaka różnica wskazuje na możliwość zaoferowania ceny rażąco niskiej, a ze stanowiska orzecznictwa wynikają daleko idące różnice w tym względzie. Z wyżej przywołanego wyroku wynika, że Izba aprobuje

podnoszone w doktrynie stanowisko, że – odwołując się do doświadczeń państw Unii Europejskiej – istnieje obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w zakresie elementów cenowych oferty, gdy cena oferty odbiega o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia, co niewątpliwie znalazło swoje odzwierciedlenie w postępowaniu. W takiej sytuacji skład orzekający Izby stwierdził, że cyt. »zaistniały realne podstawy do zastosowania obligatoryjnych procedur i celowym jest przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w celu ustalenia, czy zamawiający ma do czynienia z ceną rażąco niską« (wyrok KIO z 10 maja 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 704/10). Wobec tego odwołujący uznaje za w pełni uzasadnione żądanie w zakresie konieczności przeprowadzenia stosownej procedury wyjaśniającej. Cena oferty zaproponowana przez wykonawcę SALCEF w stosunku do przedmiotu zamówienia może okazać się ceną nierealną i niewiarygodną.

Ponadto cena ta znacząco odbiega od cen rynkowych, co powinno budzić uzasadnione wątpliwości zamawiającego, jako dysponenta środków publicznych. Samo arytmetyczne porównanie nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, że oferta wykonawcy SALCEF zawiera rażąco niską cenę, lecz w wskazane różnice powinny stanowić podstawę do wszczęcia postępowania wyjaśniającego. Art. 90 ust. 1 Pzp przewiduje zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący przekazał zbiorcze zestawienie przykładowych pozycji z oferty wykonawcy SALCEF zawierających rażąco niską cenę. Zestawienie to obrazuje kilkudziesięcioprocentowe różnice cen poszczególnych pozycji wykonawcy SALCEF w stosunku do cen zawartych w ofertach trzech pierwszych w kolejności wykonawców. Odwołujący wskazuje, że ceny zawarte w ofercie wykonawcy SALCEF nie zawierają realnych kosztów, za które można wykonać przedmiotowe zamówienie w oparciu o określone przez zamawiającego w specyfikacji wymagania oraz z zastosowaniem dobrej jakości materiałów, urządzeń i technologii. Dysproporcja ta może wynikać z faktu, że wykonawca SALCEF jest podmiotem nie posiadającym żadnego doświadczenia na polskim rynku robót budowlanych, nie realizującym na tym rynku żadnych podobnych projektów, stąd nie znającym tutejszych realiów budowlanych oraz zasad wynikających z niezmienności umów zawieranych w ramach systemu zamówień publicznych. Istnieje obawa, że w przypadku podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawca ten za zaoferowaną cenę nie będzie w stanie wykonać oczekiwanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, jak również, że w oferowanej cenie jakość przyjętych przez wykonawcę materiałów, urządzeń i rozwiązań technologicznych będzie pozostawiała wiele do życzenia.

Z wykładni literalnej przepisu art. 90 ust. 1 Pzp potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie Izby wynika, że zamawiający musi dokonać czynności wezwania do wyjaśnień

przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp ustanawia domniemanie prawne (*praesumptio iuris*) zaproponowania w ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemanie. Art. 90 ust. 3 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeśli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Procedura, o której zastosowanie wnioskuje odwołujący, ma na celu przeciwdziałanie nieuczciwym praktykom rynkowym przez wyeliminowanie ofert naruszających uczciwą konkurencję, ale również ma na celu ustrzeżenie zamawiającego i uzyskanie przez niego pewności, że w związku z zaferowaniem niskiej ceny nie zachodzi niebezpieczeństwo nienależytego wykonania zamówienia lub też niewykonania zamówienia. Zamawiający widząc kilkudziesięciomilionową różnicę ceny zaferowanej przez wykonawcę SALCEF zarówno w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, jak i innych ofert nie wszczął procedury wyjaśniającej. Ponadto, w opinii odwołującego, cena zaferowana przez wykonawcę SALCEF może skutkować zaferowaniem innych niż wymagane przez zamawiającego rozwiązań technologicznych i sprzętowych mających znaczny udział w cenie ofert.

Opisane zaniechania zamawiającego, naruszają podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tą regułą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Trudno jednak uznać, że ta zasada nie została przez zamawiającego naruszona, w sytuacji gdy nie wykonał on należycie czynności oceny i badania ofert, a w konsekwencji być może wybrał jako najkorzystniejszą ofertę podlegającą odrzuceniu, a wykonawcę podlegającego wykluczeniu.

Ponadto oferta złożona przez wykonawcę SALCEF może jednocześnie stanowić czyn nieuczciwej konkurencji (działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy), stanowiące utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców [art. 3 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503)].

Takie zachowanie zamawiającego mogło mieć wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania w znaczeniu, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.

10.06.2011 r. odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

10.06.2011 r. zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

13.06.2011 r. wykonawca SALCEF COSTRUZIONI EDILI E FERROVIARIE S.p.A. z siedzibą w Rzymie (Włochy) złożył:

- (1) Prezesowi KIO,
- (2) zamawiającemu i
- (3) odwołującemu

– zgłoszenie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez odwołującego:

- 1) (dowód nr 1) porównanie ofert wykonawców w zakresie elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny w celu wykazania, że u zamawiającego powinna zrodzić się wątpliwość czy oferta wykonawcy SALCEF zawiera rażąco niską cenę;**

oraz dowodu złożonego przez przystępującego:

- 2) (dowód nr 2) list referencyjny z 13 stycznia 2011 r. oraz pismo przewodnie na okoliczność, że przystępujący jest doświadczonym uczestnikiem rynku zamówień w Polsce**

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, że wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowiona w art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba postanowiła dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz pisemne dowody złożone podczas rozprawy przez strony i uczestnika postępowania.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – przez błędne przyjęcie, że wykonawca SALCEF wykazał się spełnianiem warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania wykonawcy SALCEF do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wymagał w ust. 8.2 pkt 8.2.2 specyfikacji aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniali m.in. warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto w ust. 8.3 pkt 8.3.1 specyfikacji zamawiający ustalił szczegółowe warunki udziału w postępowaniu i ustanowił, że oceni spełnianie warunku wskazanego w pkt 8.2.2 specyfikacji na podstawie przedstawionych przez wykonawcę dokumentów wyspecyfikowanych w pkt 9.1.4 lit. a specyfikacji oraz w załączniku nr 6 do specyfikacji. Były to postanowienia ustanowione na podstawie § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Również na podstawie ust. 8.3 pkt 8.3.1 specyfikacji zamawiający umożliwił wykonawcom polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp.

Na tej podstawie wykonawca SALCEF załączył do oferty na str. 45 dokument spółki Krakowskie Zakłady Automatyki SA z siedzibą w Krakowie pn. »Zobowiązanie«, dalej spółka KZA. W dokumencie tym spółka zobowiązała się, cyt. »w przypadku uzyskania przez wykonawcę SALCEF [...] zamówienia na realizację „Rewitalizacji i modernizacji tzw. *Helskiego korytarza kolejowego* – linii kolejowej nr 213 Reda-Hel” i zlecenia nam zakresu robót oferowanych przez naszą firmę w niniejszym postępowaniu użyczymy do dyspozycji na okres realizacji inwestycji swoje doświadczenie«.

Zobowiązanie to zawiera ogólne określenie okoliczności, kiedy spółka KZA użyczy swojego doświadczenia (»w przypadku uzyskania przez wykonawcę SALCEF [...] zamówienia«) oraz warunek zależny w zasadzie wyłącznie od stron zobowiązania (w przypadku [...] zlecenia nam zakresu robót).

Przepis art. 26 ust. 2b Pzp jest wyjątkiem od reguły i dopuszcza aby wykonawca powoływał się na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Jednak zgodnie z tym przepisem, jeśli wykonawca polega na potencjale cyt. »innych podmiotów powinien w takiej sytuacji udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu ich do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wskazany

przepis nie stanowi w żaden sposób o możliwości złożenia warunkowego zobowiązania w tym zakresie, a ponadto wynika z niego ciężar udowodnienia przez wykonawcę faktycznej możliwości dysponowania danymi osobami» (wyrok KIO z 29 kwietnia 2010 r. sygn. akt: KIO/624/10).

Skład orzekający Izby stwierdza, że w »Zobowiązaniu« spółki KZA został zawarty warunek przez zamieszczenie w dokumencie wyrazów »w przypadku [...] zlecenia nam zakresu robót«. W związku z tą treścią oświadczenia, w przypadku zaniechania zlecenia spółce KZA odpowiednich robót, zobowiązująca się nie będzie zobligowana użyć swojego doświadczenia wykonawcy SALCEF. Taka sytuacja może zajść nie tylko ze względu na zaproponowanie wykonania przedmiotowych robót innemu podmiotowi przez wykonawcę SALCEF, ale także np. ze względu na zaoferowanie spółce KZA niedogodnych warunków czy braku tzw. zdolności przerobowych spółki KZA. W takim przypadku wykonawca SALCEF będzie pozbawiony deklarowanego użyczenia, a więc nie można stwierdzić, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym skład orzekający Izby przychyliła się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp – błędnego przyjęcia, że wykonawca SALCEF wykazał się spełnianiem warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – zaniechania wezwania wykonawcy SALCEF do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia i skład orzekający Izby stwierdza, że zasługują one na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp – przez zaniechanie żądania od wykonawcy SALCEF wyjaśnień czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz art. 91 ust. 1 Pzp – przez jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy SALCEF, pomimo faktu, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę budzi poważne wątpliwości czy nie jest ceną rażąco niską – zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający ustalił wartość zamówienia na kwotę (netto, bez VAT) 176.760.895,90 zł i bezpośrednio przed otwarciem ofert podał kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości (brutto, z VAT) 217.415.901,96 zł.

Cena oferty złożonej przez wykonawcę SALCEF wynosiła 114.038.474,79 zł (brutto, z VAT). Z kolei cena kolejnej, po ofercie wykonawcy SALCEF, oferty wynosiła 140.573.780,85 zł (brutto, z VAT). Stanowiło to różnicę między kolejnymi ofertami wynoszącą około 26.500.000 zł i ponad 100.000.000 zł różnicy w cenie oferty wykonawcy SALCEF w stosunku do kwoty którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W liczbach względnych różnice te wynoszą około 25% (ceny dwóch najtańszych ofert) i około 50% (cena najtańszej oferty i kwota podana przez zamawiającego przed otwarciem ofert).

Skład orzekający Izby stwierdza, że mimo upływu około 6 miesięcy między określeniem wartości szacunkowej zamówienia a złożeniem ofert, mimo zastosowaniem różnych metod ustalenia tych kwot i mimo różnych podmiotów dokonujących tych wycen to różnica w wycenach sięgająca 50% czy różnica między ofertami przekraczająca 20% powinna wzbudzić u zamawiającego przynajmniej zainteresowanie co spowodowało tak znaczne różnice między oszacowaniem dokonany przez zamawiającego i wykreowaniem ceny przez wykonawcę i czy wykonawca nie popełnił błędu lub czy nie zawarł w ofercie rażąco niskiej ceny. Zainteresowanie to, zgodnie z zasadą prowadzenia postępowania z należytą starannością, powinno mieć odzwierciedlenie w zwróceniu się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty zaniechania żądania od wykonawcy SALCEF wyjaśnień czy złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę oraz niewłaściwego dokonania wyboru oferty wykonawcy SALCEF, że względu na zaniechanie upewnienia się co do zaferowania rażąco niskiej ceny – zasługują na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców skład orzekający Izby stwierdza, że zarzut nie został dowiedziony, a z dokumentacji wynika, że zamawiający równo traktował wykonawców.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – naruszył przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3, art. 90 ust. 1 i art. 91 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez odwołującego i uczestnika postępowania.

Z powyższych względów orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....