

**WYROK**

**z dnia 16 stycznia 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Natalia Mierzicka - Konopko**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. W., Dynamik Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **W. S.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Miejskiej Kraków – Zarządowi Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty Wacława Szczepanika oraz dokonanie ponownej oceny ofert;

2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala

3. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miejską Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. Wł., Dynamik Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. W., Dynamik Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** – na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Z. W., Dynamik Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** – kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający - Gmina Miejska Kraków – Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę oświetlenia, iluminacji i kanalizacji teletechnicznej na Bulwarach: Inflanckim, Wołyńskim, Tynieckim i Rodła w Krakowie — w ramach rewitalizacji Bulwarów Wiślanych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 grudnia 2017 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Z. W., Dynamik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty firmy Vatico W. S. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Vatico”) jako najkorzystniejszej;

- zaniechania wykluczenia Vatico z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

- zaniechania odrzucenia oferty Vatico jako oferty z rażąco niską ceną.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy P.z.p.:

- art. 91 ust 1 w związku z art. 24 ust 1 pkt 12 poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, względnie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 3 w związku z art. 87 ust. 1 zd. 2 poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Vatico

- art. 91 ust 1 w związku z art. 87 ust. 2 pkt 3 poprzez uznanie przez zamawiającego możliwości dokonania zmiany oferty poprzez zmianę sposobu wykonania zamówienia po otwarciu ofert tj. wskazania wykonania zamówienia przy pomocy podwykonawcy nieujętego w pierwotnej ofercie oraz wskazania zakresu podwykonawstwa, a w konsekwencji uznania referencji podmiotu trzeciego i wyboru oferty firmy Vatico jako najkorzystniejszej.

- art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22a ust. 4 poprzez uznanie spełnienia warunku udziału w oparciu o realizację podmiotu trzeciego — firmy Etec sp. z o.o., mimo iż treść

załączonych zobowiązań nie dowodzi realności przeniesienia zasobów, w szczególności pełnej realizacji przez ten podmiot robót budowlanych lub usług, do których udostępniane zasoby były wymagane;

- art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Odwołujący podnieśli, że mają interes w uzyskaniu zamówienia oraz mogą ponieść szkodę w wyniku działań i zaniechań zamawiającego podjętych z naruszeniem przepisów ustawy P.z.p., bowiem złożyli ofertę, która winna była być wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazali, że wykonawca Vatico złożył ofertę, w której w sposób jasny i wyraźny zawarł informację, iż podczas realizacji zamówienia nie będzie realizował robót przy pomocy podwykonawców (punkty 7 określający części zamówienia, które wykonawca zamierzał powierzyć do wykonania podwykonawcom i punkt 8 Formularza ofertowego wskazujący nazwy podwykonawców), w szczególności z pomocą firmy Etec Sp. z o.o. Z załączonego do oferty zobowiązania tej firmy także nie wynikało, że podmiot ten miałby pełnić taką rolę. Po wezwaniu zamawiającego z dnia 15 grudnia 2017 r., przystępujący oświadczył, iż błędnie wypełnił punkt 7 i 8 Formularza ofertowego i w trybie nieznanym ustawie P.z.p. złożył, w istocie nowy, Formularz ofertowy zawierający informację o podwykonawstwie przez firmę Etec Sp. z o.o. oraz o zakresie podwykonawstwa. Do wyjaśnień załączono też nowe zobowiązanie zmieniające pierwotnie określony sposób wykonania zamówienia, wprowadzając podwykonawcę.

W ocenie odwołujących, sposób wykonania zamówienia jako samodzielny, bez użycia podwykonawców został wskazany precyzyjnie przez Vatico i wynikał również z treści załączonego do oferty zobowiązania firmy Etec Sp. z o.o. Tym samym zamawiający nie mógł przyjąć innego rozwiązania. Treść wezwania zamawiającego sugerująca możliwość przedłożenia zobowiązania firmy Etec Sp. z o.o. wskazującego na podwykonawstwo wraz z żądaniem określenia zakresu tego podwykonawstwa oraz oświadczenie Vatico złożone po otwarciu ofert i przyjęcie go przez zamawiającego stanowiło o niedopuszczalnych negocjacjach dotyczących złożonej oferty w wyniku których dokonano istotnej zmiany w jej treści, z naruszeniem art. 87 ust 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podnieśli, że zakwestionować należy również realność przeniesienia zasobów w zakresie „wiedzy i doświadczenia” pomiędzy firmą Etec sp. z o.o. a Vatico a tym samym wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o roboty budowlane wykazane przez podmiot trzeci. W pierwotnym zobowiązaniu brakowało m.in. jakiegokolwiek określenia sposobu udostępnienia zasobów. Z kolei załączone, na wezwanie zamawiającego,

skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nowe zobowiązanie wskazuje, iż podmiot trzeci będzie podwykonawcą jedynie w zakresie „montażu opraw oświetleniowych iluminacyjnych”. Przy tak kompleksowym określeniu warunku wiedzy i doświadczenia, zakres realizacji podmiotu trzeciego nie jest wystarczający, aby spełnić wymogi art. 22a ust 4 ustawy P.z.p. Tym samym Vatico z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien podlegać wykluczeniu.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na zaoferowanie przez niego rażąco niskiej ceny, odwołujący podnieśli, iż z treści złożonych wyjaśnień wynika, iż elementy rzekomo wskazujące na obiektywne okoliczności pozwalające obniżyć koszty są właściwie wspólne dla wszystkich wykonawców składających ofertę w niniejszym postępowaniu

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 stycznia 2018 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że w ofercie przystępującego są cztery miejsca ,w których pojawia się firma Etec Sp. z o. o., jako podmiot na zasoby którego powołuje się przystępujący. Chybnym zatem jest stwierdzenie odwołującego, że przystępujący złożył ofertę, w której w sposób jasny i wyraźny zawarł informację, iż podczas realizacji zamówienia nie będzie realizował robót przy pomocy podwykonawców.

Zamawiający podniósł, że zasoby Etec Sp. z o.o. zostały udostępnione tylko w zakresie iluminacji. W zakresie pozostałego warunku udziału przystępujący posiada własne doświadczenie, które wskazał w uzupełnionych dokumentach.

W zakresie zarzutu dot. rażąco niskiej ceny zamawiający wskazał, że wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczeń ceny ofertowej w trybie art. 90 ust. 1a Pzp, gdyż zaszła jedna z przesłanek ustawowych. Cena oferty przystępującego w wysokości: 2.839.272,84 zł brutto była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należy podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. W dniu 19.12.2017 r. przystępujący złożył wyjaśnienia dot. rażąco niskiej ceny oraz załączył dowody.

Zamawiający stwierdził, że dokonując więc analizy drugiej przesłanki badania rażąco niskiej ceny a więc przesłankę średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert otrzymał ostatecznie wartość: 2.281.606,59 złotych brutto. Oferta przystępującego w kwocie 2.839.272,84 brutto okazała się więc większa o ok. 25% od powyższej wartości, co potwierdza że jest to cena rynkowa i możliwe jest zrealizowanie robót za taką kwotę. Dodatkowo

podkreślił, iż różnica pomiędzy ofertą przystępującego a odwołujących jest to różnica bardzo niewielka.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca W. S. . Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Budowa oświetlenia, iluminacji i kanalizacji teletechnicznej na Bulwarach: Inflanckim, Wołyńskim, Tynieckim i Rodła w Krakowie — w ramach rewitalizacji Bulwarów Wiślanych ogłoszono w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 29.11.2017 r. pod numerem 623821-N-2017 oznaczenie sprawy 12/XI/2017. Przy powyższym postępowaniu zamawiający zastosował procedurę odwróconą, o której mowa w art, 24aa ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z częścią III specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

1. W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust 1, 1a) i 1b) ustawy Pzp a w szczególności wykażą, że:

a) posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej dwa zadania polegające na budowie elektrycznej sieci oświetlenia w terenie zabytkowym (linie o długości łącznie co najmniej 2500 m), iluminacji (w łącznej ilości co najmniej 50 szt.) i minimum jednego zadania w zakresie budowy kanalizacji teletechnicznej. Zamawiający dopuszcza spełnienie w/w warunku udziału w ramach różnych zadań (umów).

Zamawiający opracował Formularz ofertowy, w którym wykonawcy w pkt, 7, 8 i 9 mieli wskazać następujące informacje:

**7. Następujące elementy zamówienia zamierzamy zlecić podwykonawcom\*:**

1. \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_

3. \_\_\_\_\_

8. Nazwy Firm, które będą realizowały roboty wyszczególnione w pkt.7:

a. \_\_\_\_\_ NIP \_\_\_\_\_ REGON \_\_\_\_\_

b. \_\_\_\_\_ NIP \_\_\_\_\_ REGON \_\_\_\_\_

c. \_\_\_\_\_ NIP \_\_\_\_\_ REGON \_\_\_\_\_

9. Nazwy (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1. \_\_\_\_\_ NIP \_\_\_\_\_ REGON \_\_\_\_\_

2. \_\_\_\_\_ NIP \_\_\_\_\_ REGON \_\_\_\_\_

3. \_\_\_\_\_ NIP \_\_\_\_\_ REGON \_\_\_\_\_

W postępowaniu złożono 5 ofert.

Lp.	Nazwa i adres Wykonawcy	Cena brutto zł
1	Konsorcjum firm: K. J. Zakład Projektowo — Usługowo — Produkcyjny „POWER” — lider konsorcjum 31-752 Kraków, ul. Łowińskiego 3 E. H. Firma Usługowo Handlowa „ElektroEd” — członek konsorcjum 31-624 Kraków, os. Piastów 37A/37	3.965.964,09
2	Vatico W. S.k 31-932 Kraków, os. Centrum DI/165	2.839.272,84
3	Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „Włomex” Z. W. — lider konsorcjum 30-719 Kraków, ul. Gromadzka 30 Dynamik Sp. z o. o., - członek konsorcjum 30-732 Kraków ul. Mierze•a Wiślana 6	2.999.425,26
4	Zakład Wykonawstwa Elektroenergetycznego s.c., M. S., Anna Skupień 30-224 Kraków ul. Jontkowa Górka 21	3.299.800,86

5	Towarzystwo Wykonawstwa Obiektów Elektroenergetycznych EL-EN A. K. i R. W. Sp. j. 30-130 Kraków, ul. L. R dla 57	3.192.726,85
---	---	--------------

Otwarcie ofert odbyło się w dniu 14.12.2017 r.

Oferta przystępującego została sporządzona na formularzu ofertowym według wzoru ustalonego przez zamawiającego. Przystępujący pozostawił niewypełnione pkt. 7 i 8 formularza, natomiast w pkt. 9 wskazał: dwa podmioty: Etec Spółka z o.o. w Olkuszu oraz M. B.-M. .

Do oferty przystępujący dołączył zobowiązanie Etec Sp. z o.o. w Olkuszu z dnia 13 grudnia 2017 roku do oddania do dyspozycji przystępującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Etec Sp. z o.o. oświadczyła, iż: udostępnia przystępującemu swoje zasoby w zakresie: zdolność techniczna i zawodowa (wiedza i doświadczenie, potencjał kadrowy):

wykonanie co najmniej dwóch zamówień polegających na realizacji roboty budowlanej w zakresie iluminacji w łącznej ilości co najmniej 50 szt.

W dniu 15.12.2017 r. Zamawiający wystąpił do firmy Vatico W. S. o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 i ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych. Również w dniu 15.12.2017 r. zamawiający wystąpił do firmy Vatico W. S. o wyjaśnienie złożonej oferty oraz uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 i ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W dniach 18 grudnia 2017 r. wpłynęły wyjaśnienia od firmy Vatico W. S. w zakresie zaoferowanej ceny. Przystępujący wskazał na następujące okoliczności uzasadniające jego cenę ofertową:

- 1) Posiadanie własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa Wykonawcy zlokalizowanej w bliskiej odległości od miejsca wykonania zamówienia;
- 2) Firma działająca na rynku lokalnym.
- 3) Wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia co pozwala zaoszczędzić na koszcie wynajmu.



4) Wykonawca zatrudnia pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe od rynkowych,

5) Wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów.

Do wyjaśnień zostały załączone dowody w postaci ofert. Zostały one objęte przez przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa.

Następnie w dniu 19.12.2017 r. wpłynęło od firmy Vatico W. S. wyjaśnienie oraz uzupełnienie złożonej oferty oraz uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 i ust.3. Przystępujący oświadczył, iż błędnie wypełnił punkt 7 i 8 Formularza ofertowego i złożył nowy Formularz ofertowy, zawierający informację o podwykonawstwie przez firmę Etec Sp. z o.o. oraz o zakresie podwykonawstwa, tj. „montaż opraw oświetleniowych”. Do wyjaśnień załączono też nowe zobowiązanie zmieniające pierwotnie określony sposób wykonania zamówienia. Nowe zobowiązanie wskazuje, iż podmiot trzeci będzie podwykonawcą w zakresie „montażu opraw oświetleniowych iluminacyjnych”.

W dniu 19.12.2017 r. zamawiający rozstrzygnął postępowanie i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Vatico W. S. .

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawcy W. S. .

W pozostałym zakresie odwołanie jest niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący są uprawnieni do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W myśl ust. 2, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Stosownie do ust. 4, w odniesieniu

do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Przystępujący Vatico w złożonym pierwotnie formularzu ofertowym wskazał, iż będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego, tj. Etec Sp. z o.o. w zakresie wymaganym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonym w rozdz. III ust. 1 lit. a s.i.w.z., tj. wykonanie co najmniej dwóch zamówień polegających na realizacji roboty budowlanej w zakresie iluminacji w łącznej ilości co najmniej 50 szt. Tym samym, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p., wykonawca Etec Sp. z o.o. winien zrealizować odpowiedni zakres zamówienia, odpowiadający swym zakresem warunkowi wykazywanemu za pomocą zdolności technicznych i zawodowych Etec Sp. z o.o.

Przystępujący w formularzu ofertowym nie wykazał, iż Etec Sp. z o.o. będzie realizował jakkolwiek zakres robót jako podwykonawca, natomiast w drugim złożonym formularzu wskazał wykonawcę Etec jako podwykonawcę i wskazał zakres przewidzianego podwykonawstwa, tj. montaż opraw oświetleniowych.

Podkreślenia wymaga, że złożenie przez przystępującego powtórnie formularza ofertowego nie znajduje podstaw w ustawie P.z.p. Zamawiający nie powinien zatem oceniać drugiego formularza, lecz ten, który został złożony wraz z ofertą.

W formularzu tym Etec został natomiast wskazany jako podmiot, na zasobach którego polegać będzie przystępujący. Do oferty złożono również inne dokumenty dotyczące tego podmiotu, w tym zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia.

Izba podkreśla, że w tej sytuacji brak jest podstaw do stwierdzenia, iż wykonawca nie przewidział uczestnictwa Etec w wykonaniu zamówienia. W obecnym stanie prawnym fakt polegania na zasobach innego podmiotu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, oznacza jednocześnie obowiązek wykonania odpowiadającej udostępnionym zasobom części zamówienia i jest to wymóg ustawowy, wynikający z art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p.

W tej sytuacji Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia przystępującego, iż omyłkowo nie uzupełnił pkt. 8 i 9 formularza ofertowego, skoro wykonanie przez podmiot Etec określonej części zamówienia wynika z dokumentów złożonych przez przystępującego, które należy czytać i interpretować kompleksowo.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22a ust. 4 ustawy P.z.p. poprzez uznanie spełnienia warunku udziału w oparciu o realizację podmiotu trzeciego — firmy Etec sp. z o.o., mimo iż treść załączonych zobowiązań nie dowodzi realności przeniesienia zasobów, w szczególności pełnej realizacji przez ten podmiot robót budowlanych lub usług, do których udostępniane zasoby były wymagane.

Odwołujący podnosił, iż część zamówienia, którą ma wykonywać wykonawca Etec Sp. z o.o., tj. montaż opraw oświetleniowych, jest nieadekwatny do udostępnianych zasobów. Odwołujący porównywał wskazaną część zamówienia do warunku określonego w części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia w brzmieniu:

1. W przetargu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy na dzień składania ofert nie podlegają wykluczeniu z postępowania oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu na podstawie art. 22 ust 1, 1a) i 1b) ustawy Pzp a w szczególności wykażą, że:

a) posiadają wiedzę i doświadczenie tj. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali co najmniej dwa zadania polegające na budowie elektrycznej sieci oświetlenia w terenie zabytkowym (linie o długości łącznie co najmniej 2500 m), iluminacji (w łącznej ilości co najmniej 50 szt.) i minimum jednego zadania w zakresie budowy kanalizacji teletechnicznej.

Argumentację odwołującego należy uznać za niezasadną. Przystępujący polega bowiem na zasobach Etec Sp. z o.o. nie w zakresie całego wskazanego wyżej warunku, ale jedynie w części dotyczącej wykonania iluminacji i jedynie w tym zakresie winien wykonać odpowiadającą temu zakresowi część zamówienia.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 90 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy,

- których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
  - 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
  - 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
  - 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

1a. W przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

W rozpoznawanym przypadku zaszły okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., tj. cena oferty przystępującego była niższa o co najmniej 30% od wartości przedmiotu zamówienia. Wobec tego zamawiający zasadnie zwrócił się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień.

Regulacja zawarta w tym przepisie stanowi generalną zasadę wskazującą na podstawie wystąpienia przez zamawiającego do konkretnego wykonawcy z żądaniem udzielenia wyjaśnień co do podejrzenia rażąco niskiej ceny lub kosztu. Zamawiający może wezwać wykonawcę również w każdej innej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać istnienie okoliczności, o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 – 5 ustawy P.z.p. i poprzeć złożone wyjaśnienia dowodami.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez odwołującego, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia te są zbyt ogólne, by uznać je za wystarczające do uznania, że przystępujący rzetelnie oszacował ofertę. Przystępujący wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny (tj. posiadanie własnego zaplecza technicznego oraz bazy przedsiębiorstwa wykonawcy zlokalizowanej w bliskiej odległości od miejsca wykonania zamówienia, firma działająca na rynku lokalnym, wykonawca posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia co pozwala zaoszczędzić na koszcie wynajmu, wykonawca zatrudnia pracowników w oparciu o stawki wynagrodzenia niższe od rynkowych, wykonawca korzysta z atrakcyjnych rabatów), nie przedstawił natomiast, w jaki sposób czynniki te wpływają na obniżenie ceny i nie podał wartości, o jakie mógł obniżyć cenę w związku z wykazanymi okolicznościami.

Wskazane przez przystępującego czynniki są jedynie ogólnymi stwierdzeniami, niepopartymi konkretnymi kwotami, o jakie przystępujący mógł obniżyć cenę. Wyjaśnienia tego rodzaju mogą co najwyżej uzupełniać konkretne i szczegółowe analizy i wyliczenia, jednak nie mogą stanowić wyjaśnień samych w sobie. Przystępujący nie wykazał przy tym, iż wskazane wyżej okoliczności są wyjątkowe i nie przysługują innym wykonawcom. Wydaje się również, iż inni wykonawcy również posiadają sprzęt i mają dostęp do rabatów, stąd też trudno przyjąć, iż okoliczności te są właściwe jedynie dla przystępującego.

Izba oddaliła dowody z dokumentów złożonych przez przystępującego na rozprawie, tj. oferty M. P., Alteks s.c. oraz Philips Lighting Poland Sp. z o.o. w Pile, wskazując, iż tego rodzaju dowody przystępujący był obowiązany złożyć wraz z wyjaśnieniami, kierowanymi do zamawiającego, nie zaś dopiero w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 21.05.2008 r., sygn. akt: X Ga 127/08, gdzie wskazano, że *Przedstawienie w skardze wniosków dowodowych dla wykazania tej okoliczności w postaci zeznań świadków zestawienia wykonywanych umów na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne, ponieważ ich uwzględnienie prowadziłoby do niczym nie uzasadnionego przedłużenia (...) terminu udzielonemu do przedstawienia wyjaśnień. Z tego powodu wnioski dowodowe zamawiającego nie zostały dopuszczone, gdyż odmienna decyzja prowadziłaby do naruszenia art. 90 ust. 3 pzp, z którego wynika obowiązek udzielenia wyjaśnień w określonym terminie, a zachowanie terminu obarczone jest rygorem odrzucenia oferty. Konwalidacja, uzupełnianie wyjaśnień przez (...) na obecnym etapie postępowania stałoby także w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji.* „ Wobec wykształconej w orzecznictwie zasady odrzucania ofert wykonawców, którzy złożyli niepełne albo niedostateczne wyjaśnienia w trybie art.90 ust. 1 pzp powtórne umożliwianie jednemu z wykonawców dokonywania tej czynności z pewnością naruszyłoby zasadę uczciwej konkurencji oraz w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga

w Warszawie z dnia 09.04.2010 r., sygn. akt IV Ca 1299/09, zgodnie z którym: *złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie przed KIO było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja „określonego terminu” na złożenie wyjaśnień Zamawiającemu (art. 90 ust.1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego. Z powołanego przez skarżącego przepisu art. 188 ust.1 ustawy Pzp wynika wprawdzie, że „dowody na poparcie swych twierdzeń strony mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy”, jednak odnosząc ten przepis do sprawy niniejszej oznacza to dowodzenie, że wykonawca złożył na żądanie Zamawiającego wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy i jaka była ich treść, a nie uzupełnianie wyjaśnień po uznaniu, że nie są one wystarczające i nakazują odrzucenie oferty.*

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....