

**WYROK**  
**z dnia 1 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Bogdan Artymowicz**

**Protokolant: Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2014 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud” Sp. z o. o., 38-100 Strzyżów, ul. Tunelowa 2**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Przeworsk, 37-200 Przeworsk, ul. Jagiellońska 10**,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud” Sp. z o. o., 38-100 Strzyżów, ul. Tunelowa 2** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud” Sp. z o. o., 38-100 Strzyżów, ul. Tunelowa 2** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud” Sp. z o. o., 38-100 Strzyżów, ul. Tunelowa 2**, na rzecz Zamawiającego - **Gminy Miasta Przeworsk, 37-200 Przeworsk, ul. Jagiellońska 10**, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Przemyślu.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina miasto Przeworsk prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Rewitalizacja terenów przemysłowych – Budowa ośrodka rekreacyjno-turystyczno-sportowego przy ul. Budowlanych w Przeworsku – etap I”.

W dniu 19 marca 2014 r., wykonawca Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „Rembud” Sp. z o. o. z siedzibą w Strzyżowie [dalej także, jako „Rembud Sp. z o. o.”], złożył odwołanie wobec wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), [dalej także, jako „Pzp”], oraz odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 w/w ustawy. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 i art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z powodu uznania przez Zamawiającego, iż wobec nie złożenia przez Odwołującego dokumentu: zobowiązania podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy swoich zasobów, nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy w przedmiotowym postępowaniu wykonawca w całości samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu,
- 2) art. 26 ust. 3 poprzez wezwanie Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji Wykonawcy swoich zasobów, podczas gdy Odwołujący wykazał, iż samodzielnie spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu a zatem brak podstaw do żądania, aby podwykonawcy udostępniali wykonawcy jakiegokolwiek zasoby konieczne do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 90 ust. 1 poprzez wezwanie Odwołującego o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki wskazujące na rażąco niską cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 90 ust. 3 poprzez przyjęcie, iż wezwanie skierowane do Odwołującego z dnia 25 lutego 2014 r., stanowiło w istocie wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, chociaż w rzeczywistości było to wezwanie do potwierdzenia pewnych cen elementów kosztorysu ofertowego oraz potwierdzenie wykonania pełnego zakresu zamówienia, co mogło stanowić, co najwyżej wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty (art. 87 ustawy Pzp),
- 5) art. 90 ust. 3 poprzez przyjęcie, iż art. 90 ust. 3 może stanowić samoistną podstawę do odrzucenia oferty niezależnie od tego czy zaoferowana cena za całość przedmiotu

zamówienia stanowi rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia czy nie.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty,
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu swego stanowiska Odwołujący podnosił, iż w przedmiotowym postępowaniu samodzielnie spełniał wszystkie warunki dotyczące udziału w postępowaniu określone w pkt 5.2 SIWZ. Odwołujący wskazywał, iż możliwość żądania przez Zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę zobowiązania do oddania mu do dyspozycji zasobów przez podwykonawców byłoby możliwe tylko w jednym przypadku, określonym w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, tj. w sytuacji gdyby wykonawca chcąc wykazać się spełnieniem postawionych przez Zamawiającego warunków korzystał z zasobów podmiotu trzeciego, który byłby podwykonawcą. W sytuacji, w której wykonawca nie korzystał z wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób lub zdolności finansowych podmiotu trzeciego (także podwykonawcy) wezwanie Zamawiającego do przedstawienia takiego zobowiązania należało potraktować, jako bezprzedmiotowe. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw prawnych do, skoro Odwołujący nie korzystał z zasobów podmiotów trzecich na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, wzywać go do złożenia w tym zakresie dodatkowych dokumentów dotyczących podwykonawców. Odwołujący podnosił, iż tylko w sytuacji polegania na zasobach innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca zobowiązany byłby udowodnić zamawiającemu, iż będzie nimi dysponował w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie przyjął, iż realizacja zamówienia przez podwykonawców jest tożsama z korzystaniem z zasobów podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na zasadach wskazanych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Odnosząc się do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący podnosił, iż cena za wykonanie przedmiotu zamówienia była ceną ryczałtową, a wykonawcy mieli obowiązek przygotować kosztorysy ofertowe, przy czym Zamawiający nie określił, jaki miały one charakter i w jakim celu należało je sporządzić. Ponadto Odwołujący wskazywał, iż jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie było żadnych dysproporcji pomiędzy wartością przedmiotu zamówienia ani pomiędzy pierwszymi trzema ofertami, jak również cenami rynkowymi za tego typu przedmiot zamówienia. Odwołujący wskazywał, iż w tych okolicznościach, jeśli nawet wezwanie z dnia 25 lutego 2014 r., należało traktować, jako wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, należało uznać, iż było ono bezpodstawne. Zdaniem Odwołującego brak było podstaw

do wszczynania procedury wyjaśnienia ceny pod kątem jej rażąco niskiej ceny. Tym samym w ocenie Odwołującego kwestia złożenia bądź nie wyjaśnień w terminie, jest bez znaczenia, skoro brak było podstaw do wzywania wykonawcy w powyższym zakresie. Jednocześnie Odwołujący wskazywał, iż wezwanie z dnia 25 lutego 2014 r., wykonawca mógł odczytywać, jako wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie zaś, jako wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Niezależnie od powyższego, Odwołujący podnosił również, iż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie może stanowić samodzielnej podstawy do odrzucenia oferty. Brak wyjaśnień nie zwalnia bowiem Zamawiającego z dokonania oceny oferty w takim kształcie w jakim jest złożona. Zdaniem Odwołującego odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny może nastąpić tylko w okolicznościach wskazanych w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, tzn., gdy cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Odwołującego nie można również w żadnym przypadku przyjąć, że skoro w niniejszym postępowaniu cena za wykonanie całości zamówienia była ceną ryczałtową, istniały podstawy do odrzucenia oferty, której niektóre elementy z kosztorysu ofertowego różnią się od cen innych wykonawców w poszczególnych pozycjach.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający, Gmina Miasto Przeworsk prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest „Rewitalizacja terenów przemysłowych – Budowa ośrodka rekreacyjno-turystyczno-sportowego przy ul. Budowlanych w Przeworsku – etap I”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 stycznia 2014 r., pod pozycją 20207.

Zgodnie z protokołem postępowania, wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 6.187.537,33 zł w tym wartość zamówień uzupełniających 2.062.512,00 zł.

W zakresie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z postanowieniami pkt. 5.2.3. SIWZ, Zamawiający wskazał, iż „wykonawca spełni warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał roboty budowlane na łączną kwotę, co najmniej 3.000.000,00 zł brutto, z których co najmniej jedna polegała na wykonaniu robót ogólnobudowlanych na obiektach kubaturowych i jedna na wykonaniu nawierzchni drogowych.

Zgodnie z postanowieniami pkt 12.5. SIWZ, wynagrodzenie wykonawcy za wykonane roboty budowlane jest wynagrodzeniem ryczałtowym za poszczególne elementy zamówienia wskazane w załączniku 1a do SIWZ, co oznacza niezmiennosc cen w całym okresie obowiązywania umowy.

Zgodnie z postanowieniami pkt 13.1. SIWZ Zamawiający, jako kryterium wyboru oferty wskazał cenę nadając mu wagę 100%.

Do upływu terminu składania ofert, swoje oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Complex-Bud Sp. z o. o. na kwotę 5.060.728,59 zł;
- 2) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe P&M M..... K..... P..... P..... s.c. oraz JOMAKO J..... K..... na kwotę 8.567.160,23 zł;
- 3) Usługi Budowlane ROMEX R..... Z.....na kwotę 1.566.782,30 zł;
- 4) Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane REMBUD Sp. z o. o. na kwotę 4.278.718,89 zł;
- 5) Zakład Remontowo-Budowlany R..... O..... na kwotę 7.428.076,96 zł;
- 6) Biuro Techniczno-Handlowe EMP-TERMO E..... i M..... P..... sp. j. na kwotę 4.798.939,48 zł;
- 7) Jarosławskie Przedsiębiorstwo Budowlane BUDEXIM S.A. na kwotę 6.671.206,07 zł;
- 8) BRUK\_DAR D..... S..... na kwotę 6.830.000,00 zł;
- 9) Zakład Remontowo-Budowlany Z..... R.....na kwotę 5.308.214,13 zł;
- 10) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowo-Produkcyjne ATOS Eksport Import T..... S..... oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ZAWPOL Sp. z o. o. na kwotę 5.369.827,14 zł;
- 11) Firma Remontowo-Budowlana P....., P..... P..... na kwotę 4.632.206,49 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż wykonawca Rembud Sp. o. o. wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia powołał się wyłącznie na własne doświadczenie i nie korzystał z potencjału podmiotów trzecich.

Pismem z dnia 25 lutego 2014 r., Zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Rembud Sp. z o. o. z wnioskiem o wyjaśnienie ceny oferty w zakresie elementów robót mających istotny na nią wpływ. W piśmie tym Zamawiający wskazał m.in., iż „(...) Projekt budowlany zakłada specjalistyczne roboty związane z fundamentowaniem budynku i odwodnieniem płyty boiska, w szczególności dotyczy to palowania palami żelbetonowymi w rurach obsadowych, wykonanie iniekcji strumieniowej gruntu pod budynkiem, odwodnienie płyty boiska przy zastosowaniu drenażu systemowego oraz uzupełnienie ziemi na terenie obiektu. Wycena tych robót w kosztorysie inwestorskim różni się znacząco od oferty wykonawcy, co może sugerować rażąco niską

cenę ofertową. Proszę o wyjaśnienie czy kalkulacja ceny oferty w zakresie tych elementów jest prawidłowa i czy sposób wykonania tych robót będzie zgodny z opisem w projekcie budowlanym. (...) Również proszę o wyjaśnienie czy w cenie oferty uwzględniony został dowóz ziemi. Projekt bowiem zakłada uzupełnienie i wyrównanie terenu ziemią dowiezioną spoza terenu budowy w ilości 10.134,85 m<sup>3</sup>.”

Tym samym pismem Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz powołując się na zapisy pkt 6, ppkt 6.11. SIWZ wezwał wykonawcę Rembud Sp. z o. o. do uzupełnienia zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy swoich zasobów. Zamawiający wskazał, iż dokument ten jest wymagany w związku z deklaracją zatrudnienia podwykonawców do wykonania części zamówienia. Zamawiający określił termin złożenia wyjaśnień do dnia 6 marca 2014 r.

W zakreślonym terminie wykonawca Rembud Sp. z o. o. nie złożył żadnych wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak również nie odpowiedział na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 12 marca 2014 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Firma Remontowo-Budowlana P..... P..... P..... Jednocześnie zamawiający poinformował, iż wykluczył w przedmiotowym postępowaniu wykonawcę Rembud Sp. z o. o.

Czynności te leżą bezpośrednio u podstaw przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w dniu 19 marca 2014 r. wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp przystąpienia do postępowania nie zgłosił żaden wykonawca. W dniu 25 marca 2014 r., do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego przez wykonawcę Firma Remontowo-Budowlana „PIOTROWSKI” P..... P..... . Izba ustaliła, iż przystąpienie wpłynęło do Izby z uchybieniem terminu wynikającego z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ, treść wezwania Zamawiającego z dnia 25 lutego 2014 r., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

**Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Bezsprzecznie w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i nie złożył żadnych wyjaśnień, przez co zmaterializowała się przesłanka nakazująca odrzucenie jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż wobec braku jakichkolwiek wyjaśnień ze strony wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przepis art. 90 ust. 3 ustawy Pzp ustanawia samodzielną przesłankę odrzucenia oferty. Niezależnie od powyższego nie sposób zgodzić się z Odwołującym, iż wezwanie z dnia 25 lutego 2014 r., należało rozumieć, jako wezwanie do złożenia wyjaśnień treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Abstrahując od tego, iż w treści wezwania Zamawiający powołał się na dyspozycję art. 90 ust. 1 ustawy Pzp to również sama treść, zdaniem Izby nie budzi wątpliwości, iż wezwanie to miało na celu ustalenie czy oferta Odwołującego nie zawiera rażąco niskiej. Świadczy o tym przykładowo choćby wskazanie przez Zamawiającego na określone elementy projektu, które w ocenie Zamawiającego, jako najbardziej kosztochłonne odbiegały od cen ustalonych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim stanowiącym podstawę ustalenia wartości zamówienia. Tym samym otrzymując wezwanie, Odwołujący zobowiązany był do złożenia w wyznaczonym terminie stosownych wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w świetle dyspozycji art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zarzut ten nie mógł być objęty rozpoznaniem. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny nie mieści się w katalogu czynności, od których wykonawcy przysługuje odwołanie w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.



W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Niewątpliwie, w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego i powołał się wyłącznie na własne doświadczenie. Tym samym brak było podstaw do wezwania Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podwykonawcy do oddania do dyspozycji wykonawcy swoich zasobów. W konsekwencji Zamawiający niezasadnie wykluczył Odwołującego uznając, iż nie wykazał on spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Stanowisko takie zostało również potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w której uznał on zasadność przedmiotowego zarzutu.

Niezależnie od powyższego, wobec skutecznego odrzucenia oferty Odwołującego, mając na względzie dyspozycję art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....