

Sygn. akt KIO/UZP 284 /09

WYROK
z dnia 20 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Izabela Kuciak

Emil Kuriata

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **PRIBO Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego w Suwałkach Sp. z o.o. ul. Przytorowa 2, 16-400 Suwałki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Suwałki ul. Mickiewicza 1, 16-400 Suwałki** protestu z dnia **20 lutego 2009 r.**

przy udziale wykonawcy **UNIBEP Spółka Akcyjna ul. 3 Maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **PRIBO Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego w Suwałkach Sp. z o.o. ul. Przytorowa 2, 16-400 Suwałki** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **PRIBO Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego w Suwałkach Sp. z o.o. ul. Przytorowa 2, 16-400 Suwałki**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **PRIBO Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego w Suwałkach Sp. z o.o. ul. Przytorowa 2, 16-400 Suwałki** na rzecz **Gminy Miasta Suwałki ul. Mickiewicza 1, 16-400 Suwałki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX** (słownie: **XXX**) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **PRIBO Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego w Suwałkach Sp. z o.o. ul. Przytorowa 2, 16-400 Suwałki**.

U z a s a d n i e n i e

Gmina - Miasto Suwałki prowadzi postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę Miejskiego Centrum Usług Publicznych, Kultury i Sportu – Aquapark z pływalnią”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 15 listopada 2008 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod nr 2008/S 223-296696.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez UNIBEP S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim. Wobec tej czynności Przedsiębiorstwo Remontów

i Budownictwa Ogólnego Spółka z o.o. z siedzibą w Suwałkach wniosło protest, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust.1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust.1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4. art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późno zm.) zwanej dalej Pzp. Wykonawca wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. wykluczenie z postępowania wykonawcy UNIBEP S.A.
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protestujący podniósł, że UNIBEP S.A. podlega wykluczeniu z postępowania, a złożona przez tego wykonawcę oferta podlega odrzuceniu. Z treści dokumentów złożonych przez UNIBEP S.A. w ofercie nie wynika by wykonawca spełniał warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 6 rozdz. 10 ppkt a siwz. Dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust 3 Pzp nie potwierdzają kompleksowego wykonania zamówienia pod nazwą "Budowa krytej pływalni na terenie OSiR przy ul. Łabiszyńskiej 20" na rzecz Gminy Warszawa Targówek, jak również nie potwierdzają, że zadanie to zostało wykonane na rzecz HOLMA Sp. z o.o. zgodnie ze złożonym na stronie 121 oferty oświadczeniem wykonawcy. Dokumenty te są w większości sprzeczne ze sobą i nie dotyczą wykonawcy UNIBEP S.A. Referencja wystawiona przez HOLMA Sp. z o.o. wskazuje, iż zamówienie zostało zrealizowane w terminie od 24.01.2002 r. do 25.11.2003 r., tymczasem, informacja o wykonaniu przedmiotowego zamówienia dostępna na stronie Biuletynu Informacji Publicznej Urzędu miasta stołecznego Warszawy wskazuje, iż zamówienie to zostało wykonane w terminie od 18.01.2002 r. do 30.06.2003 r. HOLMA Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A. występowali w tym zamówieniu jako konsorcjum. UNIBEP S.A. mógł być jedynie podwykonawcą części robót. Na podstawie złożonych przez wykonawcę dokumentów nie jest możliwe jednoznaczne ustalenie zakresu wykonywanych robót oraz terminu ich wykonania. Przedstawione przez UNIBEP S.A. dokumenty wskazują, iż roboty budowlane wykonywane były wyłącznie na rzecz BUDIMEX S.A. Informacja zamieszczona na stronie BUDIMEX S.A. w zakresie terminu realizacji zamówienia jest zgodna z treścią BIP Urzędu m. st. Warszawy. Wykazanie przez UNIBEP S.A. wykonania krytej pływalni na terenie OSiR przy ul. Łabiszyńskiej 20 nie może być zatem przez zamawiającego uznane jako potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu zarówno co do zakresu robót, jak i co do terminu ich realizacji, który wykroczył ponad wymagany okres pięciu lat (termin realizacji zamówienia -29.03.2003 roku lub według aneksu do umowy 30.06 2003 r.). Wykonawca wskazał na brak możliwości ponownego wystąpienia o uzupełnienie wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Ponadto, w ocenie protestującego, oferta UNIBEP S.A. zawiera cenę rażąco niską, nierealną i abstrakcyjną w stosunku do przedmiotu zamówienia, która wynosi 44.987.745,43 zł, co stanowi 76,62% wartości szacunkowej zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT. Następna oferta na kwotę 48.715.168 jest droższa od oferty UNIBEP S.A. o ponad 8,2%. Ceny pozostałych ofert mieszczą się w kwocie zaplanowanej przez zamawiającego. W związku z powyższym, złożenie oferty może być rozpatrywane również w kategoriach czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503 z późn. zm.). Wykonawca stwierdził, że zamawiający jest zobowiązany z mocy ustawy do przeprowadzenia badania czy w okolicznościach, gdy cena oferowana odbiega od wartości szacunkowej z uwzględnieniem podatku VAT oraz poziomu cen oferowanych przez pozostałych wykonawców, nie doszło do złożenia oferty z ceną rażąco niską za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający, zdaniem protestującego, powinien był zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, co nie powinno budzić jakichkolwiek wątpliwości.

Cena oferty UNIBEP S.A. może świadczyć również o przyjęciu przez wykonawcę niewłaściwego sposobu jej obliczenia. Na zamawiającym ciąży obowiązek dokładnego badania ofert - zgodnie z treścią art. 87 ust.1 Pzp zamawiającemu przysługuje prawo do wyjaśnienia treści ofert.

Wybór wykonawcy, podlegającego wykluczeniu narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców tj. art. 7 ust. 1 Pzp oraz przepis art. 7 ust. 3 w związku z art. 2 pkt 5 Pzp, co prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp i w konsekwencji stanowi podstawę unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust.1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust.1 pkt. 5 Pzp.

Pismem z dnia 25 lutego 2009 r. wykonawca UNIBEP S.A. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, stwierdzając, że złożone oświadczenia dotyczące wykazu wykonanych robót są prawdziwe, a załączone dokumenty potwierdzają wskazany w nich stan faktyczny.

Zamawiający oddalił protest jako całkowicie nieuzasadniony. W ocenie zamawiającego UNIBEP S.A. przedstawił w ofercie wymagany w siwz wykaz robót wraz z referencjami. W wykazie wskazano m.in. krytą pływalnię rekreacyjno-sportową z kawiarnią oraz parkingiem dwupoziomowym wraz z otoczeniem na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji Gminy Warszawa –Targówek o wartości wykonanych prac w kwocie 14 389 340,88 zł. List referencyjny HOLMA Sp. z o.o. potwierdza zakres rzeczowy tej roboty tj. wykonanie budynku krytej pływalni o pow. 2521 m², który składa się z hali basenowej zawierającej nieckę

basenową o pow. 400 m² oraz wykonanie prac z należytą starannością, rzetelnie i terminowo. Na wezwanie zamawiającego UNIBEP S.A. pismem z dnia 4 lutego 2009 r. wyjaśnił, iż inwestycja p.n. „Kryta Pływalnia Rekreacyjno - Sportowa z kawiarnią oraz parkingiem poziomym wraz z otoczeniem i ogrodzeniem na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji Gminy Warszawa -Targówek przy ul Łabiszyńskiej 20" była realizowana przez UNIBEP S.A. jako następcę prawnego UNIBUD BEP Sp. z o.o. w okresie od 24 stycznia 2002 r. do 25 listopada 2003 r. Okres realizacji potwierdza protokół odbioru robót z dnia 25 listopada 2003 r. Dodatkowo wykonawca przedłożył umowę z 11.03.2002 r. zawartą z BUDIMEX S.A. na realizację kontraktu - umowy z dnia 18.01.2002 r. zawartej pomiędzy zamawiającym a HOLMA Sp. z o.o. jako liderem Konsorcjum HOLMA Sp. z o.o. - BUDIMEX S.A. na wykonanie budynku krytej pływalni, budynku parkingu dwupoziomowego, dróg i chodników przy ul. Łabiszyńskiej 20 w Warszawie, protokół nr 20 oceny zaawansowania robót z dnia 30.11.2003 r. W ocenie zamawiającego, w świetle zgromadzonych dokumentów wykonawca posiada wymagane doświadczenie określone w pkt 6 rozdziału 10 siwz

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty UNIBEP S.A., zamawiający stwierdził, iż cena ta nie może być oceniana jako rażąco niska, gdyż nie różni się w sposób rażący od cen innych wykonawców, w szczególności od ceny protestującego. Tym samym firmie UNIBEP S.A. nie można zarzucić czynu nieuczciwej konkurencji poprzez oferowanie robót poniżej kosztów, w celu wyeliminowania innych wykonawców.

Przedsiębiorstwo Remontów i Budownictwa Ogólnego Sp. z o.o. wniosło odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu w całości stawiane zamawiającemu zarzuty dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust.1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 4. art. 90 ust. 1 Pzp oraz wnioski wraz z ich uzasadnieniem. Wykonawca stwierdził ponadto, że przedstawiona, na potwierdzenie doświadczenia, umowa zawarta została pomiędzy UNIBEP SA oraz BUDIMEX S.A. w dniu 11.03.2002 r. (a więc już po zawarciu umowy o zamówienie publiczne). Cały kontrakt opiewał na kwotę 26,5 mln zł, zaś w umowie tej widnieje kwota 13 447 982,13 zł, co oznacza, że UNIBEP S.A. nie był wykonawcą całości zamówienia. Do umowy nie została załączona tabela elementów robót, na którą strony powołują się w § 1 umowy, a która to określała zakres wykonywanych robót. Protokół przekazania obiektu użytkownikowi także nie wspomina o firmie UNIBEP SA jako wykonawcy lub podwykonawcy robót. Z protokołu tego wynika, że przedmiotowa inwestycja zgłoszona została do odbioru przez wykonawcę w dniu 01.09.2003 r. (pkt.3). Zatem tego dnia zakończone zostały wszelkie roboty budowlane objęte umową, co potwierdza wpis w dzienniku budowy o osiągnięciu gotowości do odbioru oraz wydane odpowiednie decyzje administracyjne. Z treści protokołu wynika także, że wykonawca rozpoczął rozruch technologiczny obiektu w dniu 8 września

2003 r. oraz odbiory robót odbywały się przy czynnym i uruchomionym, od strony technicznej, obiekcie. Protokół zawiera także stwierdzenie, że roboty zostały wykonane w czasie od 24 stycznia 2002 r. do 1 września 2003 r. Ponadto, protestujący podkreślił, że tylko zamawiający, jako inwestor, może w sposób wiarygodny potwierdzić, że robota budowlana wykonana została należycie.

Wykonawca UNIBEP S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania. W ocenie przystępującego wykonanie obiektu krytej pływalni w Warszawie przy ul. Łabiszyńskiej 20 we wskazanym okresie potwierdza aneks nr 1/2002 z dnia 11 marca 2002 r. do umowy konsorcjum HOLMA Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A., umowa z dnia 11 marca 2002 r. zawarta pomiędzy BUDIMEX S.A. a UNIBUD BEP Sp. z o.o. oraz protokół odbioru i przekazania do użytku „Krytej pływalni...” Przystępujący wskazał ponadto na brak podstaw do uznania ceny oferty UNIBEP S.A. za cenę rażąco niską oraz, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania. Odwołujący, który złożył drugą ofertę pod względem uzyskanej punktacji w kryterium ceny (jedyne kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu), utraciłby w ten sposób możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 24 ust.1 pkt 10 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia UNIBEP S.A. z postępowania jako wykonawcy, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i nie złożył oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku doświadczenia.

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w rozdz. 9 siwz wskazując w pkt 2 w sposób ogólny warunek dotyczący posiadania przez wykonawców ubiegających

się o zamówienie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku zamawiający wymagał (rozdz. 10 pkt 6.lit. a siwz), złożenia przez wykonawców wykazu wykonanych trzech robót budowlanych w ciągu ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z których co najmniej jedna musi obejmować „wykonanie obiektu mieszczącego krytą pływalnię rekreacyjną, basen sportowy kryty lub park wodny o powierzchni niecki basenowej nie mniejszej niż 250 m² lub kompleksowy remont obiektu basenowego o podobnym zakresie robót, z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane z należytą starannością.

Wykonawca UNIBEP S.A. złożył wykaz wykonanych robót (str. 121 oferty), w którym na potwierdzenie spełniania ww. warunku wskazał wykonanie Krytej Pływalni Rekreacyjno-Sportowej z kawiarnią oraz parkingiem dwupoziomowym wraz z otoczeniem i ogrodzeniem na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji Gminy Warszawa-Targówek przy ul. Łabiszyńskiej 20. Wykonawca podał jako wartość zamówienia: kwotę 14 389 340,88 zł, cykl realizacji: 24 styczeń 2002 r. – 25 listopad 2003 r. oraz wskazał jako zleceniodawcę firmę HOLMA Sp. z o.o. Wykonawca przedstawił też list referencyjny wystawiony przez HOLMA Sp. z o.o. (str. 122 oferty), w którym Spółka potwierdziła, że Przedsiębiorstwo UNIBUD BEP Sp. z o.o. wykonało Krytą Pływalnię Rekreacyjno-Sportową z kawiarnią oraz parkingiem dwupoziomowym wraz z otoczeniem i ogrodzeniem na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji Gminy Warszawa-Targówek przy ul. Łabiszyńskiej 20, potwierdzając wskazany przez wykonawcę w wykazie termin realizacji tego zamówienia oraz podając szczegółowy opis zamówienia, w tym m.in. wielkość niecki basenowej – 400 m². W treści listu potwierdzono także, że „powierzone prace zostały wykonane z należytą starannością, rzetelnie i terminowo”.

Pismem z dnia 3 lutego 2009 r. zamawiający wezwał UNIBEP S.A. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie treści ww. listu referencyjnego dotyczącej: następstwa prawnego UNIBEP S.A. w stosunku do UNIBUD BEP Sp. z o.o., która wykonała zamówienie, braku daty wystawienia listu oraz użytego w jego treści sformułowania „cykl realizacji”. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca oświadczył (pismo z dnia 4 lutego 2009 r.), iż wskazana robota budowlana była wykonana przez UNIBEP S.A. jako następcę prawnego firmy UNIBUD BEP Sp. z o.o., co wynika z KRS, w terminie od 24 stycznia 2002 r. do 25 listopada 2003 r. Załączył do pisma protokół odbioru i przekazania do użytku „Krytej pływalni ...” z dnia 25 listopada 2003 r.

W treści protokołu stwierdzono, że roboty zostały wykonane przez Konsorcjum firm HOLMA Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A. w czasie od 24 stycznia 2002 r. do 1 września 2003 r. Termin zakończenia robót został określony na 25 listopada 2003 r. (pkt 1 protokołu).

W okresie od 15 września 2002 r. sprawdzana była prawidłowość wykonanych robót (pkt 3 protokołu), zlecano usunięcie usterek oraz wykonanie prac dodatkowych. W dniu 25 listopada 2003 r. stwierdzono wykonanie wszystkich prac dodatkowych i poprawienie usterek, co umożliwiło dokonanie odbioru końcowego obiektu (pkt 9 protokołu). Od tego dnia ustalono bieg terminu gwarancji (pkt 10 protokołu).

Powyższe wyjaśnienia wykonawca uzupełnił pismem z dnia 9 lutego 2009 r. przesyłając zamawiającemu umowę o wykonanie robót budowlanych z dnia 11 marca 2002 r., pełnomocnictwo dla Andrzeja L., oświadczenie UNIBEP S.A. dot. zatrudnienia Andrzeja L. na stanowisku Kierownika Kontraktu, końcowy protokół oceny zaawansowania wykonania robót z dnia 30 listopada 2003 r. oraz fakturę z dnia 30 listopada 2003 r. Końcowy protokół oceny zaawansowania wykonania robót z dnia 30 listopada 2003 r. potwierdza wykonanie w 100% wszystkich prac na ww. obiekcie. Umowa o wykonanie robót budowlanych z dnia 11 marca 2002 r. została zawarta pomiędzy UNIBUD BEP Sp. z o.o. a BUDIMEX S.A. i obejmuje realizację „Kontraktu” w zakresie robót wyspecyfikowanych w Tabeli Elementów Robót – zał. Nr 1 do Aneksu Nr 1/2002 do umowy Konsorcjum, za cenę 13 447 982,13 zł plus VAT, przy czym przez „Kontrakt” należało rozumieć umowę zawartą przez konsorcjum z „Klientem” tj. Gminą w dniu 18 stycznia 2002 r. Nr 1/wyk/2002/KIPP na „wykonanie budynku krytej pływalni ...na terenie położonym przy ul. Łabiszyńskiej 20”. Według wykazu zawartego w umowie załącznikami do ww. umowy są m.in.: kontrakt, umowa konsorcjum BUDIMEX S.A. – HOLMA Sp. z o.o. oraz oferta złożona przez konsorcjum.

Izba dokonała także oceny dowodów z dokumentów złożonych przez strony do akt sprawy: aneks nr 1/2002 z dnia 11 marca 2002 r. do umowy konsorcjum HOLMA Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A. wraz z Tabelą elementów robót, pismo z dnia 6 marca 2009 r. Burmistrza Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy wraz z załącznikami.

W pierwszej kolejności należało przeanalizować treść opisu warunku dotyczącego wymaganego doświadczenia w kontekście wymaganych dokumentów na potwierdzenie jego spełniania. Izba uznała, że z treści postanowienia zawartego w rozdz. 10 pkt 6 lit. a siwz nie wynika konieczność wykazania przez wykonawcę wykonania wszystkich, kompletnych robót związanych z budową obiektu mieszczącego krytą pływalnię rekreacyjną, basen sportowy kryty lub park wodny, w tym wykonania robót obejmujących budowę niecki basenowej o powierzchni nie mniejszej niż 250 m². Zamawiający nie wymagał potwierdzenia realizacji konkretnego zakresu robót. W powyższym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego. W szczególności należało wziąć pod uwagę, iż zamawiający wymagając „wykonania obiektu” alternatywnie wymagał wykonania kompleksowego remontu obiektu basenowego o podobnym zakresie robót. Z istoty rodzajów tych robót wynika ewidentna

różnica w zakresie i charakterze prac. Zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu wymaga, aby sformułowanie „wykonanie obiektu” interpretować porównywalnie do zakresu robót odpowiadających kompleksowemu remontowi, jako że zamawiający dopuścił wykonanie tych robót w sposób równorzędny. Biorąc pod uwagę powyższe, za nieuprawnioną należy uznać interpretację przyjętą przez odwołującego, że wykonanie obiektu oznacza kompleksową jego realizację, w tym obowiązek wykazania wykonania przez wykonawcę niecki basenowej. Zamawiający słusznie, zdaniem Izby, przyjął, iż wykonanie obiektu nie musi obejmować samodzielnej realizacji wszelkich robót budowlanych w tym zakresie. Stanowisko powyższe jest zasadne również w świetle uznania przez zamawiającego za potwierdzające spełnianie powyższego warunku, wykazanie m.in. przez odwołującego wykonania wyłącznie części prac przy realizacji zadania pn. „Adaptacja budynku na pływalnię oraz budowa hali widowiskowo-sportowej na obszarze powojkowym w Gołdapi”, bez wskazania ich zakresu, co wynika jednoznacznie z treści listu referencyjnego Gminy Gołdap (str. 149 oferty).

W treści pisma Burmistrza Dzielnicy Targówek m.st. Warszawy stwierdzono, że wykonanie zamówienia pn. „Budowa krytej pływalni na terenie OSiR przy ul. Łabiszyńskiej 20” zostało powierzone Konsorcjum firm HOLMA Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A. natomiast z treści oferty Konsorcjum wynika, że prace przewidziane do realizacji przez BUDIMEX S.A. zostały wykonane „siłami własnymi GRUPY BUDIMEX, w skład której wchodziła firma UNIBUD BEP Sp. z o.o.”, a ponadto stwierdzono, że „UNIBUD BEP Sp. z o.o.... miała udział w realizacji ww. zamówienia”. Powyższe okoliczności przystępujący przyznał w toku postępowania. Wynikają one także z treści umowy z dnia 11 marca 2002r. (określenie stron umowy) oraz z treści aneksu nr 1/2002 z 11 marca 2002 r. (§ 1 ust. 2). Zakres robót został wskazany w Tabeli elementów robót stanowiącej załącznik nr 1 do Aneksu nr 1/2002 do umowy konsorcjum.

Wartość wykonanych robót została podana w wykazie wykonanych robót stosownie do wartości ustalonej w Tabeli elementów robót. Wartość powyższa została potwierdzona w treści listu referencyjnego wystawionego przez HOLMA Sp. z o.o.

Izba uznała, że ww. list referencyjny potwierdza należyte wykonanie robót przez UNIBUD BEP Sp. z o.o. o w zakresie wykonania krytej pływalni. Skoro UNIBUD BEP Sp. z o.o. realizowała powierzone prace na podstawie umowy zawartej w dniu 11 marca 2002r. której integralną część stanowił Kontrakt nr 1/wyk/2002/KIPP (umowa o zamówienie z investorem zastępczym), oferta Konsorcjum, umowa konsorcjum wraz z aneksem, to postanowienia zawarte w tych dokumentach obowiązują również strony tej umowy: BUDIMEX S.A i UNIBUD BEP Sp. z o.o. Z powyższych względów niezasadne jest twierdzenie odwołującego wyrażone na rozprawie, iż postanowienia umowy

nr 1/wyk/2002/KIPP wiązały tylko strony tego „kontraktu”, a zatem postanowienia dotyczące odbioru obiektu i terminu wykonania określone w tej umowie nie dotyczyły robót wykonywanych przez UNIBUD BEP Sp. z o.o.

Izba uznała ponadto, że HOLMA Sp. z o.o. była uprawniona do wystawienia referencji na rzecz UNIBUD BEP Sp. z o.o., działając jako lider konsorcjum. Prace wykonane w ramach umowy zawartej z BUDIMEX S.A. były realizowane na rzecz członka konsorcjum, a zatem na rzecz konsorcjum. Powyższe wynika wprost z treści umowy o roboty budowlane zawartej w dniu 11 marca 2003 r., w której stwierdzono m.in. iż jej przedmiotem jest realizacja kontraktu tj. umowy nr 1/wyk/2002/KIPP, wykonawca na mocy pełnomocnictw udzielonych przez BUDIMEX S.A. posiadał umocowanie do reprezentowania BUDIMEX przed Gminą Targówek, wykonawca wystawiał faktury, w imieniu BUDIMEX S.A. na Lidera Konsorcjum, za wykonane i odebrane przez Gminę Targówek roboty na warunkach i w terminach określonych w „kontrakcie”, wykonawca był zobowiązany do wykonywania warunków gwarancji i rękojmi wynikających z „kontraktu” za wady robót będących przedmiotem umowy oraz gromadzenia dokumentacji po odbiorze końcowym Przedmiotu Kontraktu przez Klienta (Gminę) i po upływie terminów gwarancji i rękojmi. Ponadto w treści umowy nadano jej moc obowiązującą od dnia 18 stycznia 2002r. (§ 8 ust. 2 umowy). W tym stanie rzeczy Izba uznała, że lider konsorcjum Spółka HOLMA, reprezentująca BUDIMEX S.A. w zakresie realizacji zamówienia mogła wydać referencje na rzecz UNIBUD BEP Sp. z o.o. dotyczące realizowanych przez wykonawcę robót jako podmiot posiadający stosowną wiedzę w powyższym zakresie.

Izba wzięła ponadto pod uwagę, iż termin wykonania robót związanych z realizacją obiektu i jego odbioru został określony w protokole odbioru i przekazania do użytku obiektu na dzień 25 listopada 2003 r. (pkt 9 protokołu). Jest to termin zgodny z zapisem wynikającym z treści aneksu nr 9/2003 (§ 1 aneksu) z dnia 16 października 2003r. Stosownie do treści § 2 ww. aneksu moment protokolarnego odbioru obiektu stanowi wydanie przedmiotu umowy i przejście wszelkich ryzyk na zamawiającego. W świetle powyższego zgłoszenie gotowości do odbioru w dniu 1 września 2003 r. nie jest równoznaczne z wykonaniem umowy, co twierdził odwołujący.

W ocenie Izby, nie budzi wątpliwości fakt, że informacje podane przez UNIBEP S.A. jako następcę prawnego UNIBUD BEP Sp. z o.o. w wykazie wykonanych robót dotyczące wykonania Krytej pływalni są prawidłowe i zgodne ze stanem faktycznym, a list referencyjny Spółki HOLMA potwierdza należyte wykonanie zadania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że wykonawca UNIBEP S.A. przedłożył wymagane przez zamawiającego dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełniania

warunku doświadczenia. Wykonawca spełnia zatem warunki udziału w postępowaniu wobec czego brak jest przesłanek do wykluczenia wykonawcy na tej podstawie z postępowania.

Odnosząc się do, podniesionego przez odwołującego - zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty UNIBEP S.A., gdyż zawiera ona cenę rażąco niską, Izba uznała - zarzut powyższy za niezasadny.

Pojęcie „rażąco niska cena” nie jest zdefiniowane w ustawie Pzp. W świetle orzecznictwa przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (vide: postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt II Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena jest nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, co oznacza, że odbiega ona od cen przyjętych, wskazując na fakt wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia. Jak stwierdził SO w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Izba podziela pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 ("Transportroute") i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r.w sprawie C-103/88 ("Fratelli Costanzo").

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 14 ofert, których ceny kształtują się od 44.987.745,43 zł – cena najniższa, do 67 167 526,68 zł w przypadku ceny najwyższej. Cena oferty złożonej przez odwołującego wynosi 48.715.168,62 zł.

Na poparcie postawionego zarzutu rażąco niskiej ceny oferty UNIBEP S.A. odwołujący podał dwa argumenty tj. że cena stanowi 76,62 % wartości szacunkowej zamówienia z uwzględnieniem podatku VAT oraz jest o 8, 2 % niższa od ceny kolejnej oferty (złożonej przez odwołującego), przy czym ceny pozostałych ofert mieszczą się w kwocie zaplanowanej przez zamawiającego. Podkreślenia wymaga okoliczność, iż odwołujący nie podniósł w toku postępowania jakichkolwiek argumentów odnoszących się do elementów

ceny, które mogłyby wskazywać na jej zaniżenie w stosunku do realnych kosztów realizacji zamówienia.

Zarówno w świetle orzecznictwa KIO jak i sądów okręgowych wskazane przez odwołującego wyłącznie arytmetyczne punkty odniesienia dla ceny badanej w kontekście art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp nie są wystarczające dla dokonania stanowczej i prawidłowej oceny w tym zakresie. W przypadku wpłynięcia 14 ofert w przetargu nieograniczonym, różnice w cenach ofert, rzędu kilku procent, co do zasady należy traktować jako prawidłowy objaw konkurencji w ramach reguł wolnego rynku. W przedmiotowym postępowaniu różnica w cenie kolejnych wg rankingu ofert w wysokości ok. 8% nie daje podstawy do uznania, iż cena niższa jest rażąco niska. Powyższa różnica w sensie arytmetycznym nie stanowi również, w ocenie Izby, oczywistej przesłanki do obligatoryjnego zastosowania przez zamawiającego procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w sytuacji, gdy analiza i ocena realnych i rynkowych kosztów wykonania przedmiotu zamówienia nie wskazuje na fakt zaoferowania ceny poniżej kosztów wytworzenia. Stosownie do dyspozycji art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający ma prawo i obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przypadku powzięcia podejrzenia, że cena jest rażąco niska. Przepis ten stanowi w szczególności gwarancję prawa wykonawcy do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, tak aby decyzje zamawiającego nie były podejmowane w sposób arbitralny, bez uwzględnienia specyficznych warunków dostępnych danemu wykonawcy umożliwiających obniżenie ceny poniżej ceny pozostałych ofert. W żadnym razie przepis art. 90 ust. 1 Pzp nie nakłada obowiązku badania ceny każdej oferty, która zawiera cenę najniższą ze wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W ustalonym stanie faktycznym Izba uznała, że skoro zamawiający nie stwierdził, na podstawie treści oferty, okoliczności, wskazujących choćby pośrednio na zaniżenie ceny w stosunku do kosztów, to wobec wskazanej przez odwołującego różnicy ceny oferty UNIBEP S.A. w odniesieniu do cen innych ofert i wartości przedmiotu zamówienia, zamawiający nie był zobowiązany do zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W świetle dokonanych ustaleń brak jest podstaw do uznania, że złożenie oferty przez UNIBEP S.A. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zarzut powyższy został podniesiony przez odwołującego w związku z zarzutem rażąco niskiej ceny. Odwołujący zarzucił popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003, Nr 153, poz.1503 ze zmianami). Zgodnie z tym

przepisem czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący nie wykazał w toku postępowania, że UNIBEP S.A. zaoferował zrealizowanie przedmiotu zamówienia za cenę skalkulowaną poniżej kosztów, co stwierdzono powyżej. Okoliczność, iż zaoferowana cena jest niższa od cen konkurencji nie dowodzi, że cena jest rażąco niska lub została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia. Odwołujący nie wykazał, iż zamówienie nie może zostać zrealizowane za cenę przedstawioną w ofercie UNIBEP S.A. ani też zamiaru wykonawcy UNIBEP S.A. wyeliminowania z rynku odwołującego lub innych wykonawców, a jest to konieczny element dla uznania, że działanie przedsiębiorcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W konsekwencji Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego w toku postępowania przepisu art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp wobec nie potwierdzenia się zarzutów podniesionych przez odwołującego w stosunku do oferty złożonej przez UNIBEP S.A.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Suwałkach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....