

WYROK
z dnia 09 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **08 stycznia 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **19 grudnia 2014 r.** przez wykonawcę **Zarząd Budynków Komunalnych Spółka Akcyjna, ul. Legionów 37c, 42-600 Tarnowskie Góry** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tarnowskie Góry, Rynek 4, 42-600 Tarnowskie Góry**

przy udziale wykonawcy **Zarząd Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 127 c, 41-914 Bytom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Budynków Komunalnych Spółka Akcyjna, ul. Legionów 37c, 42-600 Tarnowskie Góry** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zarząd Budynków Komunalnych Spółka Akcyjna, ul. Legionów 37c, 42-600 Tarnowskie Góry** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „Zarządzanie nieruchomościami Gminy Tarnowskie Góry w okresie 2015-2018 r.”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2014/S 183-323391 z dnia 24.09.2014 r., przez Gminę Tarnowskie Góry, Rynek 4, 42-600 Tarnowskie Góry zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 12.12.2014 r. (faxem i e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej ZGM Sp. z o.o., nadto poinformował o wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” Zarządu Budynków Komunalnych Spółka Akcyjna, ul. Legionów 37c, 42-600 Tarnowskie Góry zwanej dalej: „ZBK SA” albo „Odwołującym” oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp. Wykonawca został wykluczony z udziału w postępowaniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, albowiem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w SIWZ Rozdz. XI „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 2.2. posiadanie wiedzy i doświadczenia wymagał, aby Wykonawca wykonał co najmniej jedną usługę polegającą na „zarządzaniu nieruchomościami zabudowanymi tj. budynkami mieszkalnymi o łącznej powierzchni użytkowej lokali nie mniejszej niż 50.000,00 m² przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy”. W celu wykazania spełnienia w/w warunku Wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. Spółdzielni Mieszkaniowej „Hutnik z siedzibą w Sosnowcu. Jednakże Wykonawca mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie faktycznie dysponował zasobami tegoż podmiotu. W/w podmiot oświadcza, że udostępnia „posiadany potencjał wiedzy i doświadczenia w postaci następujących zasobów: zakres udostępnionego i i oddanego do dyspozycji potencjału wiedzy i doświadczenia (referencje)”. Wykonawca (tj. ZBK S.A.) w złożonym wyjaśnieniu dotyczącym zobowiązania podmiotu trzeciego informuje, że „SM Hutnik w razie konieczności udzieli pomocy w postaci spotkań (...)”. Ponadto zarówno ZBK S.A. jak i SM „Hutnik” oświadczają, że „W dniu otwarcia ofert przetargowych pomiędzy Oddającym do dyspozycji, a Wykonawcą zostało zawarte stosowne porozumienie regulujące kwestie współpracy w zakresie wykorzystania udostępnionych zasobów”. Jednakże

Wykonawca nie przedstawił Zamawiającemu w/w porozumienia określającego zasady udostępnienia zasobów przez SM „Hutnik”. W świetle powyższego Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że zasoby podmiotu trzeciego, tj. SM „Hutnik” będą realnie pozostawać w jego dyspozycji podczas realizacji zamówienia, a tylko zostały udostępnione w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego musi mieć charakter realny, w tym sensie, że zasoby będą faktycznie wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia. Wiedza i doświadczenie są zasobem szczególnym bowiem nie stanowią dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. Doświadczenie stanowi składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym i dzieli byt prawny takiego przedsiębiorstwa (art. 55¹ i 55² k.c.) zatem nie jest możliwe udostępnienie doświadczenia bez udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Dla wykazania potencjału zdobytego i należącego do podmiotu trzeciego konieczne jest wykazanie przez wykonawcę, że będzie miał realną możliwość korzystania z tego potencjału w trakcie realizacji danego zamówienia. Potwierdzeniem stanowiska Zamawiającego w w/w kwestii jest orzecznictwo KIO jak również judykatury. Wskazał na wyrok KIO z 8.05.2014 r., sygn. akt: KIO 792/14.

Ponadto zaoferowana przez Wykonawcę stawka roboczogodziny nie daje możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia za oferowaną cenę. Daje to Zamawiającemu podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Ocena przedstawionych wyjaśnień Wykonawcy potwierdziła, że oferowana cena jest rażąco niska. Co zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp daje Zamawiającemu podstawę do odrzucenia oferty. W związku z powyższym Zamawiający uzasadnia co następuje: Oszacowana stawka roboczogodziny wraz z narzutami na podstawie, której będą rozliczane roboty budowlane w ramach technicznego utrzymania ze stawkami w przedmiotowym postępowaniu zaoferowanymi przez pozostałych Wykonawców, stawką z obecnie obowiązującej umowy, stawkami, za które wykonywane były tożsame usługi w latach 2002-2014, stawkami za roboty budowlane, których udzielił Zamawiający w latach 2011-2014 w trybie Pzp oraz minimalnymi stawkami na roboty budowlane publikowane przez wydawnictwo SEKOCENBUD, wskazują, że w każdym układzie porównawczym stawka zaproponowana przez Wykonawcę jest niewiarygodnie niska w stosunku do stawek porównywanych.

Stawka roboczogodziny w wysokości 7,88 zł wraz z narzutami jest:

- niższa o 36,04 % od stawki w obowiązującej dotychczas umowie (12,32 zł);
- niższa o 30,82 % od drugiej najniższej stawki zaoferowanej w przetargu (11,39 zł);
- niższa o 30,26 % od najniższej stawki obowiązującej w latach w realizacji tożsamej usługi w latach 2002-2014 (11,30 zł);
- niższa o 32,30 % od najniższej stawki zaoferowanej przez oferentów w latach 2011-2014 w robotach ogólnobudowlanych (11,64 zł);

- niższa o 47,47 % od najniższej stawki w skali województwa śląskiego wg SEKOCENBUD (15,00 zł).

Przedmiotowa stawka 7,88 zł z narzutami zaoferowana przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu rażąco odbiega również od stawki, za którą Wykonawca realizował tożsame zamówienie dla Zamawiającego w latach 2002-2006 i 2007-2011, kiedy to wynosiła ona odpowiednio: 15,90 zł i 13,19 zł. Udzielona przez Wykonawcę w dniu 25.11.2014 r. odpowiedź - informacja odnosząca się do zaproponowanej w postępowaniu stawki roboczogodziny, bez wątplenia potwierdza, że wykonanie zamówienia w w/w części technicznego utrzymania nie jest możliwe do wykonania za stawkę 7,88 zł. Zgodnie z otrzymanymi wyjaśnieniami koszty na robociznę wynoszą w sumie 10,16 zł. Do kosztów robocizny (6,00 zł) Wykonawca przeznaczył i dodał:

- 20% z zakładanych kosztów pośrednich, które w całości skalkulował na 25%
- 3% z zakładanego zysku, który w całości skalkulował na 5%. Doliczając pozostałe 5 % kosztów pośrednich i 2 % zysku otrzymujemy w sumie stawkę roboczogodziny wynoszącą 10,64 zł. W odniesieniu do całego zakresu robót wykonywanych dotychczas w ramach technicznego utrzymania podział robót przedstawia się następująco:

- Roboty instalacyjne - 29%

- Roboty zduńskie - 13%

- Stolarka okienna i drzwiowa - 17%

- Remonty pustostanów i klatek schodowych -18%

- Roboty pozostałe -23%. Z powyższego wynika, że zastosowanie wątpliwych obiektywnych czynników powodujących obniżenie ceny roboczogodziny może być zastosowane wyłącznie w części robót dot. remontów pustostanów, klatek schodowych i robót pozostałych, które w sumie stanowią ok. 41%. Obiektywne czynniki mające wpływ na obniżenie stawki, czyli wykorzystanie systemu montażu pap termozgrzewalnych przy pomocy mechanicznych rozkładarek, stosowanie agregatów tynkarskich, malarskich i do posadzek, posiadanie własnego rusztowania w dużych ilościach będą miały odniesienie do połowy w/w prac, stąd wynika, że dotyczyć do może ok. 20 % wartości wszystkich robót. Jeżeli zaś przyjmiemy, że koszt pracowników w tychże robotach stanowi ok. 35 % ich wartości to całkowity koszt robót, w których będą miały zastosowane w/w czynniki może dotyczyć wartości nie większej niż 7% całości robót w latach 2015-2018. Argument o stosowaniu półfabrykatów i fabrykatów oraz gotowych elementów, jest argumentem całkowicie chybionym, gdyż nie ma innej możliwości wykonywania robót budowlanych jak przy użyciu wyrobu produkcji maszynowej (fabrykat) lub produktu otrzymywanego w fazie produkcji przeznaczonego do dalszego zastosowania lub obróbki (półfabrykat). Stosowanie w/w elementów jak i gotowych elementów jest oczywiste i w żaden sposób nie wpływa na możliwość obniżenia wysokości stawki roboczogodziny. Kolejny argument o posiadaniu przez Wykonawcę agregatów tynkarskich, malarskich i do

wykonywania posadzek jako czynnik mający wpływ na obniżenie norm nakładów pracy jest również trudny do zaakceptowania. Wykonywanie tynków, prac malarskich czy posadzkarских przy użyciu agregatów, pistoletów natryskowych jest powszechnie znaną od dawna technologią, która ma swoje odzwierciedlenie w stosownych katalogach nakładów rzeczowych. Ponadto wykorzystanie i opłacalność zastosowania tych urządzeń występuje w przypadku wykonywania robót o znacznej powierzchni. W przypadku zastosowania przez Wykonawcę do wykonywania robót technologii z użyciem agregatów tynkarskich, malarskich i do posadzek wartość tych prac będzie rozliczana metodą kalkulacji szczegółowej przez zastosowanie odpowiednich katalogów nakładów rzeczowych obejmujących nakłady robocizny na maszynowe wykonywanie tynków, posadzek lub malowania natryskiem wobec czego nie może być w tym przypadku mowy o jakiegokolwiek oszczędności na czasie pracy i wydajności w stosunku do norm. Nieuzasadnione jest zatem wyliczenie Wykonawcy, że wykazane przez niego elementy pozwalają ograniczyć nakłady na robociznę w stosunku do norm około 40 % w odniesieniu do całkowitej wartości zamówienia w części dot. technicznego utrzymania. Skalkulowanie stawki, bez dostatecznej wiedzy, co do rzędu wielkości prac, przy których wskazane w wyjaśnieniach obiektywne czynniki obniżenia stawki mogłyby mieć zastosowanie jest oczywistym błędem. Wykonawca nie skorzystał z możliwości jakie daje przepis art. 38 Pzp i nie wystąpił do Zamawiającego o uzyskanie danych pozwalających na rzetelne skalkulowanie stawki roboczogodziny. Tym samym daje to Zamawiającemu podstawę do przekonania, że realizacja przedmiotowego zamówienia będzie nieprawidłowa a w szczególności jakość robót będzie niedostateczna, roboty wykonywane będą w sposób nienależyty i wykonywane przy pomocy urządzeń niedopuszczonych do stosowania („mechaniczna rozkładarka papy”). Wykonawca chcąc dochować postanowień umowy oraz aby być w zgodzie z obowiązującymi normami w zakresie prowadzenia robót budowlanych jak również w zgodzie z przepisami BHP musiałby wydatkować środki o wiele większe niż założone w ofercie w odniesieniu do kosztów pracy. Błąd niedoszacowania stawki roboczogodziny w czynnościach technicznego utrzymania mogłoby być zniwelowany jedynie poprzez dofinansowanie z wynagrodzenia za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne. Aby takie rozwiązanie Wykonawca mógł zastosować to po pierwsze muszą wystąpić oszczędności tj. różnica pomiędzy wynagrodzeniem za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne, a poniesionymi kosztami z tego tytułu - a po drugie - wykazane oszczędności musiały by być na tyle wysokie, aby w całości pokryły niedobór wynikający z błędnego oszacowania stawki. Za w/w czynności zgodnie ze złożoną ofertą przysługuje wynagrodzenie w wysokości 3.651.654,35.zł. Zatem Wykonawca musiał by zaoszczędzić i przeznaczyć 27% otrzymywanego wynagrodzenia za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne. Pozostałaby, więc kwota ok. 2.680.000 zł, która w żadnym wypadku nie jest

wystarczająca do wykonania czynności administracyjnych eksploatacyjnych oraz konserwacyjnych, tym bardziej, że zgodnie z założeniem Wykonawcy w w/w kwocie zawarte będą wynagrodzenia specjalistów. Jednocześnie przyjmując, że obiektywne czynniki wskazane przez Wykonawcę mogą mieć niewielki wpływ na obniżenie nakładów pracy w stosunku do norm to szacowana niedopłata, która wystąpi w wykonaniu zamówienia w ramach technicznego utrzymania będzie wynosić ok. 770.000 zł. W odniesieniu zaś do całości zamówienia uwzględniając wydatki wynikające z postanowień wzoru umowy, kosztów ponoszonych na realizację czynności administracyjnych, eksploatacyjnych, konserwacyjnych, kosztem wynagrodzenia specjalistów oraz wykonywaniem czynności technicznego utrzymania niedoszacowanie wartości zamówienia wynosi ok. 920.000 zł brutto. Dokonana analiza zaoferowanych cen wykonania przedmiotu zamówienia oraz przedstawionych wyjaśnień utwierdza Zamawiającego, że cena oferty jest rażąco niska.

W dniu 19.12.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) ZBK SA wniosła odwołanie na w/w czynności. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 19.12.2014 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Zaskarżył zarzucił naruszenie.

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego, co uniemożliwiło wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 2) art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej,
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania,
- 4) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wadliwe jego zastosowanie uniemożliwiające Odwołującemu skuteczne uzupełnienie dokumentu - zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia,
- 5) art. 26 ust. 4 Pzp poprzez wadliwe jego zastosowanie uniemożliwiające Odwołującemu wykazanie, iż Odwołujący będzie realnie dysponował oddanymi mu przez inny podmiot niezbędnymi zasobami wiedzy i doświadczenia,
- 6) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe jego zastosowanie w celu ustalenia, czy oferta Odwołującego nie nosi znamion ceny rażąco niskiej,
- 7) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek stwierdzenia w ofercie ceny rażąco niskiej,
- 8) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Mając na uwadze powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: 1) Unieważnienie czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, 2) Unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty

Odwołującego, 3) Unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty ZGM, 4) Powtórzenie czynności oceny ofert, 5) Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W zakresie zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów. W Rozdz. XI pkt 2.2 SIWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zgodnie z pkt 2.2.1 SIWZ wykonawca miał wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej jedną usługę odpowiadającą rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia, przez co należało rozumieć zrealizowanie usługi zarządzania nieruchomościami zabudowanymi tj. budynkami mieszkalnymi o łącznej powierzchni użytkowej lokali nie mniejszej niż 50.000,00 m² przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunku, o którym mowa powyżej, wykonawca zobowiązany był przedłożyć wraz z ofertą wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, (zgodnie załącznikiem nr 3 do Formularza Oferty) wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jednocześnie zgodnie w pkt 4 tego samego Rozdz. SIWZ Zamawiający wskazał, że w zakresie warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt. 2.2 do 2.4. Rozdział XI SIWZ wykonawca zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp *może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków*. Wykonawca w takiej sytuacji był zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich podczas wykonywania przedmiotowego zamówienia. Zobowiązanie takie miało wskazywać na faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia, określać zakres i formę udostępniania zasobów oraz okres jakiego to zobowiązanie dotyczy. Powyższe oznaczało, iż wykonawca celem udowodnienia zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji danego zamówienia, o ile korzysta z zasobów innych podmiotów, był zobowiązany do przedłożenia stosownego oświadczenia tych podmiotów w formie pisemnego zobowiązania. Zważywszy na powyższe Odwołujący w swej ofercie złożył trzy dokumenty wystawione przez podmiot oddający do mu dyspozycji - tj. Spółdzielnię Mieszkaniową „HUTNIK”, ul. Gwiazdna 1e, 41- 219 Sosnowiec (dalej: „SM HUTNIK”) - niezbędny potencjał wiedzy i doświadczenia:

1. Oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z art. 22 ust 1 Pzp),
2. Oświadczenie i zobowiązanie SM HUTNIK o oddaniu (na podstawie art. 26 ust. 2b, 2e Pzp) do dyspozycji Odwołującego zasobów wiedzy i doświadczenia niezbędnych do wykonania zamówienia, w zakresie usług na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia pn. *„Zarządzanie nieruchomościami Gminy Tarnowskie Góry w okresie 2015 - 2018 r.”*,
3. Zaświadczenie, iż SM HUTNIK zarządza nieruchomościami. własnymi o powierzchni 478.536,39 m².

Biorąc pod uwagę tak złożone do oferty dokumenty w dniu 19.11.2014 r., a więc po dacie otwarcia ofert, pismem nr BZP.271.55.49.2014 Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania o oddaniu do dyspozycji Odwołującego przez SM HUTNIK niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia. W wezwaniu Zamawiający stwierdził, iż ze złożonego w ofercie zobowiązania nie wynika, czy zarządzanie nieruchomościami własnymi odbywa się w sposób należyty.

Jednocześnie w tym samym dniu tj. 19.11.2014 r. pismem nr BZP.271.55.50.2014 Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie sposobu, w jaki Spółdzielnia Mieszkaniowa HUTNIK przekazuje swoją wiedzę i doświadczenie Odwołującemu. W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający niesłusznie podnosił, iż z przedstawionego zobowiązania wynika, że podmiot trzeci używa swojego doświadczenia i wiedzy tylko dla formalnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Dalej w wezwaniu Zamawiający podniósł, że zobowiązanie SM HUTNIK w żaden sposób nie wskazuje, w jaki sposób nastąpi przekazanie wiedzy i doświadczenia. Wobec tego Zamawiający wezwał Odwołujące do wyjaśnienia i podania w sposób jednoznaczny:

- a) Zakresu dostępnych wykonawcy zasobów SM HUTNIK,
- b) Sposobu wykorzystania zasobów SM HUTNIK przez Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia,
- c) Charakteru stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z SM HUTNIK,
- d) Zakresu i okresu udziału SM HUTNIK przy wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwania Zamawiającego, w dniu 25.11.2014 r. Odwołujący przedłożył - zgodnie z wezwaniem do uzupełnienia dokumentu - oświadczenie SM HUTNIK z dnia 13.10.2014 r., z którego jednoznacznie wynikało, iż w ramach prowadzonej działalności SM HUTNIK zarządza nieruchomościami na potrzeby własne w sposób należyty, zaś prawdziwość powyższych informacji potwierdził Prezes Zarządu Spółdzielni własnoręcznym podpisem. Podkreślił, iż już na tym etapie postępowania Odwołujący skutecznie i prawidłowo odpowiedział na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, albowiem żądany przez Zamawiającego dokument miał potwierdzać, iż usługa

zarządzania nieruchomościami własnymi przez SM HUTNIK wykonywana jest w sposób należyty. Przedłożony zaś przez Odwołującego dokument odpowiadał żądaniom Zamawiającego.

Niezależnie jednak od powyższego do odpowiedzi z dnia 25.11.2014 r. Odwołujący z ostrożności dołączył również pisemne zobowiązanie SM HUTNIK z dnia 13.10.2014 r., potwierdzające zakres i okres udostępnienia zasobów oraz stosunek prawny łączący Odwołującego z SM HUTNIK.

Następnie pismem z dnia 26.11.2014 r. nr BZP.271.55.56.2014 Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie zobowiązania do udostępnienia niezbędnych zasobów złożonego przez SM HUTNIK. Zamawiający podniósł, iż, mimo złożonych przez Odwołującego wyjaśnień, nadal nie uzyskał informacji, w jaki sposób SM HUTNIK zamierza przekazać swoją wiedzę i doświadczenie Odwołującemu. Wezwał więc ponownie do wskazania: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów SM HUTNIK, sposobu wykorzystania zasobów SM HUTNIK przez Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z SM HUTNIK oraz zakresu i okresu udziału SM HUTNIK przy wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 27.11.2014 r. Odwołujący udzielił ponownie obszernych wyjaśnień na wskazane w piśmie poprzedzającym wątpliwości Zamawiającego. W swym piśmie Odwołujący szczegółowo opisał zakres dostępnych zasobów, wskazał okres udostępniania zasobów, określił stosunek prawny łączący Odwołującego i SM HUTNIK oraz wskazał zakres, formę i sposób korzystania z udostępnionego potencjału wiedzy i doświadczenia. Biorąc pod uwagę w/w opisany stan faktyczny Odwołujący stoi na stanowisku, iż uczynił zadość wszelkim wymaganiom Zamawiającego oraz ustawy Pzp.

W dniu 12.12.2014 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZGM, informując jednocześnie, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego z przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu na mocy art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający dowodził, iż Odwołujący, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie faktycznie dysponował zasobami SM HUTNIK. Zamawiający powołał się także na fakt, iż w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień Odwołujący wskazał, iż w dniu otwarcia ofert przetargowych pomiędzy Oddającym do dyspozycji a Wykonawcą zostało zawarte stosowne porozumienie regulujące kwestie współpracy w zakresie wykorzystania udostępnionych zasobów. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu w/w porozumienia określającego zasady udostępnienia zasobów przez SM HUTNIK. Ostatecznie Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu,

że zasoby podmiotu trzeciego tj. SM HUTNIK będą realnie pozostawać w jego dyspozycji podczas realizacji zamówienia, a zostały udostępnione w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Mając na względzie stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu należy wskazać, iż argumenty przedstawione w uzasadnieniu są chybione i nie zasługują na uwzględnienie, a to z uwagi na poniższe.

Po pierwsze, w wezwaniu z dnia 19.11.2014 r. do uzupełnienia dokumentu - zobowiązania SM HUTNIK - Zamawiający wskazał jedynie, iż z załączonego do oferty zobowiązania nie wynika, iż usługa polegająca na zarządzaniu nieruchomościami własnymi przez SM HUTNIK jest wykonywana należycie. Jednocześnie zaś w wezwaniu tym Zamawiający nie wskazał jakichkolwiek innych braków w tym dokumencie, a mianowicie nie zażądał, by Odwołujący przedłożył dokument wskazujący w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów SM HUTNIK, sposób wykorzystania zasobów SM HUTNIK przez Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z SM HUTNIK oraz zakres i okres udziału SM HUTNIK przy wykonywaniu zamówienia.

Szczególnego podkreślenia wymaga, iż określenia w/w parametrów współpracy pomiędzy Odwołującym a SM HUTNIK Zamawiający zażądał nie w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, lecz w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Odwołujący zaś skutecznie i właściwie, tj. zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, odpowiedział na powyższe wezwania, albowiem:

1. w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu (zobowiązania) przedłożył dokument, z którego wynikało, iż usługa zarządzania przez SM HUTNIK nieruchomościami własnymi jest wykonywana należycie,
2. w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień Odwołujący udzielił wyczerpujących wyjaśnień w zakresie sposobu korzystania z zasobów SM HUTNIK.

Niezasadne są zatem twierdzenia Zamawiającego podnoszone w zawiadomieniu z dnia 12.12.2014 r., jakoby Odwołujący, mimo wezwania do uzupełnienia dokumentów, nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie faktycznie dysponował zasobami SM HUTNIK. Z treści bowiem w/w wezwania do uzupełnienia dokumentu wynikało w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, iż Odwołujący miał przedłożyć wyłącznie dokument potwierdzający, że usługa zarządzania jest wykonywana przez SM HUTNIK należycie. W odpowiedzi zaś na wezwanie Odwołujący złożył dokument taki, o który wzywał Zamawiający.

Nie można także przyznać racji Zamawiającemu, który w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego podnosił, że Odwołujący nie przedstawił Zamawiającemu treści porozumienia określającego zasady udostępnienia zasobów przez SM HUTNIK. Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, a to z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie wzywał

Odwołującego do przedłożenia takiego dokumentu. Tym samym Zamawiający nie może wywodzić negatywnych w stosunku do Odwołującego skutków prawnych z tytułu niedostarczenia takiego dokumentu.

Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2b (sprzed nowelizacji z dnia 19.10.2014 r., zamówienie ogłoszone w dniu 24.09.2014 r.) Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Podkreślił, iż literalne brzmienie w/w przepisu nie obliguje wykonawcy do przedłożenia Zamawiającemu umowy regulującej zasady udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci. Korzystając bowiem z potencjału podmiotu trzeciego, celem wykazania realnego dostępu do takich zasobów, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia zamawiającemu pisemnego zobowiązania takiego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Taka sytuacja miała zaś miejsce w przedmiotowej sprawie, czym Odwołujący wypełnił spoczywający na nim obowiązek ustawowy.

Wskazał nadto trzeba, iż jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do realnego dostępu przez Odwołującego do zasobów SM HUTNIK, winien zaważać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, który po pierwsze potwierdzałby, że usługa zarządzania jest wykonywana należycie, zaś po drugie określałby: zakres dostępnych wykonawcy zasobów SM HUTNIK, sposób wykorzystania zasobów SM HUTNIK przez Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z SM HUTNIK oraz zakres i okres udziału SM HUTNIK przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający jednak tego nie uczynił, a wzywał jedynie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, których nota bene Odwołujący skutecznie i prawidłowo udzielił w swych odpowiedziach.

Nie może zatem Zamawiający, uzasadniając czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, powoływać się na fakt, iż Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie faktycznie dysponował zasobami SM HUTNIK. W szczególności nie może czynności wykluczenia uzasadniać tym, że Odwołujący takiego dokumentu na wezwanie (do uzupełnienia dokumentu) nie złożył, ponieważ w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu Zamawiający takiego dokumentu nie zażądał. Zażądał jedynie dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie. W związku z tym Odwołujący w dobrej wierze przedłożył jedynie dokument potwierdzający należyte wykonywanie usług zarządzania nieruchomościami, zaś

pozostałe informacje wymagane przez Zamawiającego zawarł w składanych wyjaśnieniach.

Reasumując wskazał, iż Zamawiający naruszył przepisy Pzp poprzez błędne zastosowanie art. 26 ust. 3 oraz art. 26 ust. 4, a to z uwagi na fakt, iż informacje takie jak zakres dostępnych wykonawcy zasobów SM HUTNIK, sposób wykorzystania zasobów SM HUTNIK przez Odwołującego przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył Odwołującego z SM HUTNIK oraz zakres i okres udziału SM HUTNIK przy wykonywaniu zamówienia winny wynikać z dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, nie zaś stanowić przedmiot wyjaśnień.

Jeśli zatem dokument Odwołującego zawierał braki w tym zakresie, to stosownie do art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający winien wezwać Odwołującego do uzupełnienia takiego dokumentu, jednoznacznie wskazując braki, które w odpowiedzi na wezwanie mają być uzupełnione. Zamawiający wadliwie zatem zawiązywał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania, nie wskazując pełnego zakresu i treści uzupełnienia, zaś błędne zastosowanie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp doprowadziły do sytuacji uzupełnienia dokumentu w sposób niepełny, za co wyłączną winę ponosi Zamawiający. Ostatecznie zaś na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentu w niepełnym zakresie, Zamawiający dopuścił się ruszenia przepisów Pzp.

W uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 12.12.2014 r. Zamawiający próbuje zaś pełną odpowiedzialnością za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu obarczyć Odwołującego, z czym jednak nie można się zgodzić, a to ze względu na w/w wadliwe zastosowanie przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 i ust. 4 Pzp. Jednocześnie wskazał, iż, gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, tj. wskazując dokładny zakres uzupełnienia, Odwołujący z pewnością złożyłby dokument zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. W związku z powyższym czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4, tj. z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, uznać należy za bezzasadną i naruszającą przepisy ustawy.

Względem odrzucenie oferty na skutek rażąco niskiej ceny oferty W rozdz. XVIII SIWZ Zamawiając opisał sposób obliczania ceny oferty, tj.:

1. Podana w ofercie cena musi być wyrażona w PLN. Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Cena podana w ofercie powinna zawierać wszystkie koszty bezpośrednie, koszty pośrednie oraz zysk i powinna uwzględniać wszystkie uwarunkowania zawarte w SIWZ. W cenie powinny być uwzględnione wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, opłaty transportowe itp., włącznie z podatkiem od towarów i usług - VAT.

2. Ceną oferty (Co) jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty, wyliczona na podstawie niżej i podanego wzoru:

$$Co = [(Xa \times 63.577,14 + Svat1) + Xa \times 7.671,45 + Svat2) + (Xb \times 18.818,86 + Svat1) + (Xb \times 1.302,33 + Svat2) + (1,65 \times 82.39000 + 10.876,27) + (1,65 \times 8.973,78 + 3.405,55)] \times 48$$

gdzie:

Xa - stawka jednostkowa za wynagrodzenie ryczałtowo - ilościowe za 1m² powierzchni użytkowej lokali mieszkalnych i użytkowych (w tym garaży) położonych w budynkach będących własnością lub we władaniu zamawiającego za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne.

63.577,14 m² – powierzchnia użytkowa lokali mieszkalnych w budynkach mieszkalnych i niemieskalnych będących własnością lub we władaniu zamawiającego,

7.671,45 m² -powierzchnia użytkowa lokali użytkowych (w tym garaży) w budynkach mieszkalnych i niemieskalnych będących własnością lub we władaniu zamawiającego,

Xb - stawka jednostkowa za wynagrodzenie ryczałtowo ilościowe za 1 m² powierzchni użytkowej lokali mieszkalnych i użytkowych (w tym garaży) położonych w budynkach wspólnot mieszkaniowych za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne.

18.818,86 m² - powierzchnia użytkowa lokali mieszkalnych w budynkach mieszkalnych i niemieskalnych wspólnot mieszkaniowych,

1.302,33 m² - powierzchnia użytkowa lokali użytkowych (w tym garaży) w budynkach mieszkalnych i niemieskalnych wspólnot mieszkaniowych,

1,65 zł/m² - ustalona przez Zamawiającego miesięczna stawka netto za techniczne utrzymanie nieruchomości tj. lokali mieszkalnych i użytkowych (w tym garaży) w budynkach mieszkalnych i nie mieszkalnych będących własnością i we władaniu zamawiającego oraz wspólnot mieszkaniowych.

82.396,00 m² - suma powierzchni użytkowej lokali mieszkalnych w budynkach mieszkalnych i niemieskalnych będących własnością lub we władaniu zamawiającego i w budynkach wspólnot mieszkaniowych,

10.876,27 zł - podatek VAT (stawka podatku - 8%)

8.973,78 m² - suma powierzchni użytkowej lokali użytkowych (w tym garaży) w budynkach mieszkalnych i niemieskalnych będących własnością lub we władaniu zamawiającego i w budynkach wspólnot mieszkaniowych.

3.405,55 zł - podatek VAT (stawka podatku - 23%)

Svat1 - kwota podatku VAT za usługę administrowania w budynkach mieszkalnych (stawka podatku VAT - zwolniona)

Svat2 - kwota podatku VAT za usługę administrowania w budynkach niemieskalnych (stawka podatku VAT - 23%)

48 - przewidywana ilość miesięcy obowiązywania umowy.

Jednocześnie w Rozdz. XXI SIWZ Zamawiający określił kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie:

- a) kryterium - cena (KC) - waga 60%
- b) kryterium - stawki robocizny kosztorysowej (KR) - waga 35%
- c) kryterium wysokość procentu od dodatkowego wynagrodzenia za wyegzekwowanie zaległości zaszłej (KDW) - waga 5%.

Z kolei ostateczną cenę oferty (KC) determinowały następujące czynniki:

1. Wynagrodzenie za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne, którego wartość uzależniona jest od zaproponowanych przez wykonawcę stawek i liczona jest wg wzoru: $[(Xa \times 63.577,14 + Svat1) + (Xa \times 7.671,45 + Svat2) + (Xb \times 18.818,86 + Svat1) + (Xb \times 1.302,33 + Svat2)] \times 48$

2. Wynagrodzenie za czynności technicznego utrzymania nieruchomości, które jest wartością stałą, zgodnie z przyjętymi przez Zamawiającego wartościami, i wynosi dla wszystkich wykonawców jednakową i nieprzekraczalną kwotę 7.922.014,08 zł brutto (w okresie 48 miesięcy). Powyższa kwota jest wynikiem przeprowadzonego rachunku: $[(1,65 \times 82.396,00 + 10.876,27) + (1,65 \times 8.973,78 + 3.405,55)] \times 48$, przy czym zgodnie z SIWZ

- 1,65 zł/m² jest to ustalona przez Zamawiającego miesięczna stawka netto za techniczne utrzymanie nieruchomości tj. lokali mieszkalnych i użytkowych (w tym garaży) w budynkach mieszkalnych i nie mieszkalnych będących własnością i we władaniu zamawiającego oraz wspólnot mieszkaniowych. Wyjaśnienia wymaga, iż ustalona kwota 7.922.014,08 zł brutto stanowi górną granicę, do której Zamawiający będzie wydatkował środki z tytułu technicznego utrzymania nieruchomości. Jednocześnie zgodnie z § 12 ust. 2 wzoru umowy:

Wynagrodzenie za czynności technicznego utrzymania nieruchomości wypłacane będzie po przedłożeniu zestawienia wartości wykonanych robót oraz kosztorysów obliczonych metodą szczegółową tych robót, sprawdzonych przez upoważnionych inspektorów nadzoru Zamawiającego i odpowiednich protokołów odbioru robót, w oparciu o następujące parametry kosztorysowe :

- a) Robocizna /R/ - zł/rbg, (słownie: złotych i groszy PLN/roboczogodzinę)
- b) Materiały /M/ - na podstawie ceny zakupu tych materiałów łącznie z kosztami zakupu, jednak nie wyższych niż podane średnie ceny podawane w wydawnictwach SEKOCENBUD za poprzedni kwartał.
- c) Sprzęt /S/ - według ponoszonych kosztów, jednak nie wyższych niż podane średnie ceny podawane w wydawnictwach SEKOCENBUD za poprzedni kwartał',
- d) Koszty ogólne /Ko/ do R i S - %,
- e) Zysk do R, S i Ko - %, oraz na podstawie faktur za projekty, ekspertyzy, opinie itp. Zważyć zatem należy, iż w kwocie ryczałtowej 7.922.014,08 zł zawiera się

wynagrodzenie za czynności technicznego utrzymania obejmujące robociznę, materiały, sprzęt, koszty ogólne oraz zysk.

3. Cena ofertowa stanowi więc sumę wynagrodzenia za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne (zależna od zastosowanych przez wykonawców stawek Xa oraz Xb) oraz wynagrodzenie za techniczne utrzymanie nieruchomości, które jest stałą wartościowo składową ostatecznej ceny ofertowej.

Biorąc pod uwagę, że w złożonej ofercie Odwołujący przyjął wartości na poziomie:

Xa - 1,00 zł netto,

Xb - 0,15 zł netto, łączna cena ofertowa (KC) Odwołującego opiewała na kwotę 11.573.668,32 zł brutto, a w tym:

1. Wynagrodzenie za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne w kwocie 3.651.654,24 zł brutto,

2. Wynagrodzenie za czynności technicznego utrzymania nieruchomości w kwocie 7.922.014,08 zł. Obok powyższej ceny ofertowej (KC) w formularzu ofertowym Odwołując zaproponował stawkę robocizny kosztorysowej (RK) na poziomie 7,88 zł (obliczonej z następujących składników: R - roboczogodzina netto - 6,00 zł, Ko - współczynnik kosztów 25 %, Z - współczynnik zysku - 5%) oraz procent dodatkowego wynagrodzenia za wyegzekwowanie zaległości zaszłej na poziomie 0%. Następną w kolejności oferta, tj. oferta ZGM miała następujące parametry: cena ofertowa (KC) -11. 129.348,16 zł, stawka robocizny kosztorysowej (RK) - 11,39 zł oraz procent dodatkowego wynagrodzenia za wyegzekwowanie zaległości zaszłej - 1%. Zważywszy na powyższe podkreślenia wymaga, iż gdyby Odwołujący nie został bezpodstawnie wykluczony z udziału w postępowaniu, jego oferta uzyskałaby najwyższą liczbę punktów, tj. 97,70 pkt, zaś oferta ZGM uzyskałaby 89,21 pkt, a więc oferta Przystępującego uplasowałaby się na drugiej - za Odwołującym - pozycji.

Niezależnie jednak od powyższego wskazać trzeba, iż zastrzeżenia Zamawiającego bezpodstawnie wzbudziła zaoferowana przez Odwołującego stawka robocizny kosztorysowej na poziomie 7,88 zł. W ślad za złożoną ofertą Zamawiający pismem nr BZP.271.55.50.2014 z dnia 19.11.2014 r. wezwał więc Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów kosztotwórczych mających wpływ na wysokość zaoferowanej stawki robocizny kosztorysowej (7,88 zł), albowiem w odczuciu Zamawiającego stawka ta została określona na bardzo niskim poziomie. Nadmienić, iż w w/w wezwaniu Zamawiający powołał się na art. 87 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Podkreślenia wymaga zatem, iż chcąc zbadać, czy cena oferty Odwołującego nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, Zamawiający winien był jednak powołać się na art.

90 ust. 1 Pzp, który odnosi się bezpośrednio do kwestii rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi jednak na powyższe wezwanie pismem z dnia 25.11.2014 r. Odwołujący udzielił obszernych informacji, iż na cenę robocizny kosztorysowej (RK) mają wpływ następujące elementy kosztotwórcze:

- stawka godzinowa pracownika,
- wydajność pracownika jednostkowa i w zespole,
- jakość wykonywanych prac,
- organizacja robót, dostępność komunikacyjna (Odwołujący ma swą siedzibę w Tarnowskich Górach),
- dostępność do urzędzeń i prefabrykatów oraz narzędzi,

Odwołujący wskazał nadto, że w elementach kosztotwórczych roboczogodziny uwzględniono powiązane stawki roboczogodziny ze stawka za zarządzanie jako ogół ponoszonych kosztów do przedłożonej oferty. Ponadto Odwołujący wskazał, iż wynagrodzenie specjalistów zostało ujęte w stawce ryczałtowej za administrowanie, eksploatację i konserwację, zaś urządzenia i materiały (zgodnie z projektem umowy - § 12 ust. 2 pkt b i c) rozliczane będą w oparciu o stawki SEKOCENBUD za poprzedni kwartał.

Odwołujący wyjaśnił dalej, iż zachodzą obiektywne czynniki umożliwiające obniżenie ceny roboczogodziny z uwagi na: zastosowanie innowacyjnego systemu montażu pap termozgrzewalnych przy pomocy mechanicznych rozkładarek, stosowanie agregatów tynkarskich, malarskich i do posadzek, stosowanie półfabrykatów i fabrykatów oraz gotowych elementów, posiadanie przez Odwołującego na własność rusztowań w dużych ilościach, wszelkiego rodzaju w zależności od rodzaju robót. Ostatecznie Odwołujący wskazał, iż w/w elementy ograniczają nakłady na robociznę w stosunku do norm o ok. 40%, co ma znaczący wpływ na zastosowaną stawkę roboczogodziny.

W odpowiedzi na powyższe wyjaśnienia Odwołującego, pismem nr BZP.271.55.58.2014 z dnia 26.11.2014 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnienia dotyczącego treści złożonej oferty (na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp). Zamawiający podniósł, iż w odpowiedzi z dnia 25.11.2014 r. Odwołujący wskazał, że stosuje „*innowacyjny system montażu pap termozgrzewalnych przy pomocy mechanicznych rozkładarek*”. W ślad za tym Zamawiający poprosił o podanie producenta, typu i parametrów technicznych przedmiotowego urządzenia oraz kopię dokumentacji techniczno-ruchowej.

W odpowiedzi z dnia 28.11.2014 r. Odwołujący poinformował, iż do rozkładania papy będzie stosował rozkładarkę bębnową z napędem akumulatorowym, zaś do zgrzewania wykorzystana będzie samojezdna zgrzewarka automatyczna bitumów firmy Leister model Bitumat. Odwołujący wskazał nadto, iż do wykonywania obróbek z papy termozgrzewalnej przy kominach korzystał będzie ze zgrzewarki półautomatycznej firmy Leister model Triac Drive. Dokumentacja techniczno- ruchowa oraz zdjęcia stanowiły załącznik do w/w pisma.

Zamawiający nie uwzględnił jednak wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w toku postępowania, albowiem w zawiadomieniu z dnia 12.12.2014 r. Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż zaoferowana przez Odwołującego stawka robocizny nie daje możliwości wykonania przedmiotowego zamówienia za cenę ofertową, co, jak stwierdził Zamawiający, dało mu podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska. Zamawiający powołując się więc na art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp błędnie wywiódł, iż zaistniały przesłanki odrzucenia oferty.

W uzasadnieniu Zamawiający tłumaczył, iż stawka 7,88 zł wraz z narzutami znacznie odbiega od stawek rynkowych. Zamawiający bezpodstawnie tłumaczył, że udzielona przez Wykonawcę dniu 25.11.2014 r. odpowiedź potwierdziła, że wykonanie zamówienia w części technicznego utrzymania nie jest możliwe za stawkę 7,88 zł. Jednocześnie w uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, iż przy ponoszonych przez Odwołującego kosztach robocizny na poziomie 10,64 zł wykonanie przedmiotu umowy nie jest możliwe.

Dalej w uzasadnieniu Zamawiający próbował dowodzić, iż obiektywne czynniki mające wpływ na obniżenie stawki, czyli wykorzystanie systemu montażu pap termozgrzewalnych przy pomocy rozkładarek, stosowanie agregatów tynkarskich, malarskich i do posadzek, posiadanie własnego rusztowania w dużych ilościach będą miały odniesienie do połowy prac. Zamawiający wskazał błędnie, iż w/w czynniki mogą dotyczyć zaledwie 20 % wartości wszystkich robót. Zamawiający przyjął nadto bez głębszego zastanowienia, iż udział kosztów pracowniczych w kosztach robót ogółem wyniesie 35%. Zamawiający zakwestionował również słuszne argumenty Odwołującego potwierdzające możliwość obniżenia stawki robocizny kosztorysowej (RK) poprzez: stosowanie półfabrykatów i fabrykatów oraz gotowych elementów, posiadanie przez Odwołującego agregatów tynkarskich, malarskich i do wykonywania posadzek oraz wykorzystania mechanicznej rozkładarki papy.

Zamawiający słusznie zaś podniósł, że niedoszacowanie stawki robocizny w czynnościach technicznego utrzymania mogłoby być zniwelowane jedynie poprzez dofinansowanie z wynagrodzenia za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne, co ma miejsce i znajduje odzwierciedlenie w ofercie i wyliczeniach Odwołującego. Błędnie jednak w uzasadnieniu Zamawiający przyjął, iż porównując ofertową stawkę roboczogodziny tj. 7,88 ze stawką wg faktycznie ponoszonych kosztów tj. 10,64 zł wraz z narzutami, wyliczona niedopłata, która wystąpi w ramach technicznego utrzymania, będzie wynosić -jak wskazał Zamawiający - „ok. 970.000 zł”. Zamawiający podniósł także, że oszczędność na otrzymanym wynagrodzeniu za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne musiałaby w całości pokryć niedobór stanowiący w/w kwotę. Słusznie zaś Zamawiający wskazał, iż za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne zgodnie ze złożoną ofertą Odwołującemu przysługuje wynagrodzenie 3.651.654,24 zł. Błędnie jednak Zamawiający przyjął, iż Odwołujący musiałby zaoszczędzić i przeznaczyć

27% (w/w „ok. 970.000 zł”) otrzymanego wynagrodzenia za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne. Błędnie także Zamawiający obliczył, że w takiej sytuacji do zapłaty pozostałoby „ok. 2.680.000,00 zł”, która to kwota, jak nietrafnie wskazał Zamawiający, w żadnym wypadku nie byłaby wystarczająca do wykonania czynności administracyjnych, eksploatacyjnych oraz konserwacyjnych.

Nie można jednak zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, albowiem przedstawione przez Zamawiającego obliczenia zostały oparte na przekłamanych założeniach prowadzących do błędnego wniosku, iż stawka za robociznę kosztorysowa na poziomie 7,88 zł uniemożliwia prawidłowe wykonanie zamówienia, a to z uwagi na poniższe.

Po pierwsze wskazał, iż ofertę i cenę Odwołującego należy rozpatrywać jako całość, gdyż dotyczy ona kompleksowej realizacji zadania pod nazwą „Zarządzanie nieruchomościami Gminy Tarnowskie Góry w okresie 2015 - 2018 r.”. Argument rażąco niskiej ceny mógłby mieć zatem zastosowanie jedynie wtedy, gdyby Zamawiający rzeczywiście miał uzasadnione wątpliwości, iż łączna cena oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Zamawiający jednak nie dysponował dowodami wystarczającymi, by uznać, iż wykonanie przedmiotu umowy za cenę wskazaną w ofercie nie jest możliwe. Zamawiający wykazał jedynie, iż cena robocizny kosztorysowej jest niższa niż ceny rynkowe i ceny pozostałych oferentów w tym zakresie, co jednak nie może stanowić przesłanki uzasadniającej możliwość odrzucenia oferty. Powyższe twierdzenia potwierdza judykatura, jak również orzecznictwo KIO. Wskazał na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 2810/11, czy też wyrok KIO o sygn. akt: KIO 53/11, jak również wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1511/08. Odnosząc powyższe orzeczenia KIO na grunt przedmiotowej wskazał:

W uzasadnieniu z dnia 12.12.2014 r. Zamawiający wskazał, iż na skutek różnicy pomiędzy ceną za robociznę zaoferowaną przez Odwołującego tj. 7,88 zł a faktycznie ponoszonymi kosztami tj. 10,64 zł nie jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie technicznego utrzymania, albowiem wyliczona przez Zamawiającego niedopłata wyniesie „ok. 970.000 zł”, która według Zamawiającego musiałaby zostać pokryta z wynagrodzenia 3.651.654,24 zł za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne, co według Zamawiającego nie jest możliwe.

W odniesieniu jednak do powyższego należy wskazać, iż wynagrodzenie ZGM za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne - po przeliczeniu - wynosi 3.207.311,04 zł. Stwierdzić zatem należy, iż ZGM, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, złożył ofertę tańszą od oferty Odwołującego o 444.343,20 zł. Mimo takiej różnicy w cenie Zamawiający nie stwierdził jednak, iż oferta ZGM nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Skoro zatem Zamawiający uznał, że pomimo różnicy w wysokości wynagrodzenia na poziomie 444.343,20 zł cena oferty ZGM nie nosi znamion rażąco niskiej ceny, toteż należy

przyjąć, iż wynagrodzenie ZGM na poziomie 3.207.311,04 zł jest realne i przewiduje realizację zysku, a więc ZGM zdaniem Zamawiającego zagwarantował realizację celu przedmiotowego zamówienia publicznego. Za błędne zatem uznać należy twierdzenia Zamawiającego, iż wynagrodzenie 3.651.654,24 zł Odwołującego nie daje możliwości pokrycia niedoboru wynikającego z różnicy pomiędzy stawką robocizny kosztorysowej 7,88 zł a faktycznie ponoszonymi kosztami na poziomie 10,64 zł. Jeśli bowiem za słuszne przyjąć, co potwierdza Zamawiający wybierając ofertę ZBM, że wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie czynności administracyjnych, eksploatacyjnych i konserwacyjnych jest możliwe za kwotę 3.207.311,04 zł (ZBM), wówczas biorąc pod uwagę wynagrodzenie Odwołującego na poziomie 3.651.654,24 zł oraz różnicę w tych kwotach na poziomie 444.343,20 zł, chybiony okazuje się wywód Zamawiającego, iż niedobór nie może zostać pokryty z wynagrodzenia za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne.

Mając na względzie fakt, iż cena ostateczna oferty musi być traktowana w ujęciu całościowym, Odwołujący w pełni świadomie i odpowiedzialnie przewidział w wynagrodzeniu 3.651.654,24 zł nadwyżkę w takiej wysokości, która pozwoli pokryć niedobór wynikający z różnicy na poziomie 2,76 zł pomiędzy ponoszonymi kosztami na poziomie 10,64 zł, a stawką zaoferowaną w ofercie 7,88 zł.

Ponownego podkreślenia wymaga tutaj, iż Zamawiający w sposób niezrozumiały obliczył ewentualną niedopłatę, która została przez Zamawiającego oszacowana na kwotę „ok. 970.000,00 zł”. Zamawiający nie przedstawił bowiem składowych, na podstawie których oparł swoje wyliczenie, gdyż kwota „ok. 970.000,00 zł” jest kwotą rażąco zawyżoną w stosunku do rzeczywistego niedoboru.

Gdyby jednak oprzeć się tylko na fakcie, iż oferta Odwołującego jest o 444.343,20 zł wyższa od ZGM, część niedoboru zostałaby pokryta z przewidzianej nadwyżki, zaś pozostała kwota stanowiąca różnicę pomiędzy „ok. 970.000,00 zł” a 444.343,20 zł, to 525.656,80 zł.

Nawet gdyby przyjąć, że kwota 525.656,80 zł miała zostać pokryta z pozostałej (po odjęciu kwoty 444.343,20 zł od wynagrodzenia 3.651.654,24 zł) kwoty 3.207.311,04 zł, wówczas pozostała kwota wynagrodzenia za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne wynosiłaby 2.681.654,24 zł, a więc kwota ta byłaby jedynie o 16 % niższa niż cena ZBM, co zatem nie daje jakichkolwiek podstaw do twierdzeń, że cena oferty Odwołującego - jako całość - nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Podkreślił, iż Zamawiający nie żądał jakichkolwiek wyjaśnień w zakresie tego, czy niedobór wynikający z różnicy pomiędzy stawką 7,88 zł a 10,64 zł został uwzględniony w wynagrodzeniu za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne. Zamawiający nie miał także zastrzeżeń do wynagrodzenia za w/w czynności.

W uzasadnieniu zawiadomienia z dnia 12.12.2014 r. Zamawiający wskazał również, że w odniesieniu do całego zakresu robót wykonywanych dotychczas w ramach

technicznego utrzymania, podział robót przedstawia się następująco:

1. Roboty instalacyjne - 29%
2. Roboty zduńskie - 13%
3. Stolarka okienna i drzwiowa - 17%
4. Remonty pustostanów i klatek schodowych - 18%
5. Roboty pozostałe - 23%

W uzasadnieniu Zamawiający podnosił, iż zastosowanie przedstawionych przez Odwołującego czynników powodujących obniżenie ceny robocizny może być zastosowane wyłącznie w części robót dotyczących remontów pustostanów, klatek schodowych i robót pozostałych, które według Zamawiającego stanowią ok. 41 %. Lakoniczne jednak stwierdzenie Zamawiającego w tym zakresie nie może stanowić skutecznego potwierdzenia, iż czynniki wskazane przez Odwołującego będą mogły mieć zastosowanie jedynie w ok. 41 % powierzchni zarządzanych nieruchomości. Zamawiający nie przedstawił również racjonalnych i logicznych argumentów potwierdzających kolejny przytoczony argument.

Zamawiający wskazał bowiem, iż obiektywne czynniki mające wpływ na obniżenie stawki, czyli wykorzystanie systemu montażu pap termozgrzewalnych przy pomocy mechanicznych rozkładarek, stosowanie agregatów tynkarskich, malarskich i do posadzek, posiadanie własnego rusztowania w dużych ilościach, będą miały odniesienie jedynie do połowy w/w prac, stąd zdaniem Zamawiającego wynika, że dotyczyć to może ok. 20% wartości wszystkich robót. Również i w tym przypadku Zamawiający nie powołał się na żadne konkretne dane i informacje, a jedynie wskazał wartości procentowe bez wskazania ich źródła. W dalszej kolejności Zamawiający przyjął, iż udział kosztów pracowniczych w całkowitym koszcie robót wynosi ok. 35%, co również jest wartością niepotwierdzoną i mającą na celu wyłącznie dowiedzenie, że cena robocizny kosztorysowej została oszacowana przez Odwołującego na zaniżonym poziomie, powodującym w konsekwencji możliwość odrzucenia oferty na skutek jej rażąco niskiej ceny.

Obliczenia przeprowadzone w powyższych zakresach przez Odwołującego przeczą jednak twierdzeniom i wyliczeniom dokonany przez Zamawiającego, albowiem mechanizacja i usprzętowanie Odwołującego mogą znaleźć zastosowanie nie w 41%, a w 70% robót, tj. przy realizacji: robót instalacyjnych - 29%, remontów pustostanów i klatek schodowych - 18% oraz przy realizacji pozostałych remontów - 23%, co łącznie daje 70% robót, które mogą być wykonane przy użyciu sprzętu mechanicznego. Brak jest także w tym miejscu podstaw do uznania postulatów Zamawiającego, jakoby tylko do połowy tych prac można było odnieść czynniki mające wpływ na obniżenie stawki.

Z wyliczeń przeprowadzonych przez Odwołującego jasno wynika, iż porównując koszt wykonania poszczególnych prac ręcznie oraz mechanicznie (uwzględniając roboty instalacyjne, remonty pustostanów i klatek schodowych oraz pozostałe remonty), średnia

różnica w koszcie robocizny kosztorysowej wynosi ok. 40% na korzyść prac wykonywanych mechanicznie. Zważywszy na powyższe stwierdził, iż w 70% wszystkich przewidzianych robót możliwe jest obniżenie kosztu robocizny o ok. 40%.

Zamawiający niewłaściwie także przyjął, iż udział kosztów pracowniczych w całkowitym koszcie wykonania robót stanowi ok. 35%. Odwołując potwierdza co prawda, że udział kosztów pracowniczych na poziomie 35% może wystąpić jedynie w pracach wymagających ręcznego wykonywania poszczególnych robót, jednakże w przypadku mechanizacji i usprzętowania Odwołującego wskaźnik taki znajdzie zastosowanie jedynie w przypadku 30% przewidzianych robót.

Zamawiający nie wziął pod uwagę, iż przy mechanizacji i usprzętowieniu wartość ta będzie niższa z uwagi na podwyższoną wydajność wykonywanych robót. Z tego też powodu w przypadku 70% prac przewidzianych wskaźnik 35% należy obniżyć o 40%, co wynika z przeprowadzonej przez Odwołującego kalkulacji w zakresie czynników mających wpływ na możliwość obniżenia stawki robocizny.

W przypadku zatem Odwołującego udział kosztów pracowniczych w stosunku do całkowitych kosztów robót wynosić będzie 21%, jako rezultat pomniejszenia wskaźnika 35% o 45%. Z tego też powodu nietrafione jest twierdzenie Zamawiającego, że czynniki mające wpływ na obniżenie stawki są nieistotne w odniesieniu do wartości wszystkich robót.

Biorąc powyższe pod uwagę upada twierdzenie Zamawiającego, że niedobór wynikający z różnicy pomiędzy stawką 7,88 zł a kosztami na poziomie 10,64 zł wyniesie „ok. 970.000 zł”. Jeśli bowiem przyjąć, że Zamawiający przewidział w kwocie 7.922.014,08 zł za techniczne utrzymanie udział robocizny na poziomie 35%, wówczas wartość tej robocizny wyniesie 2.772.704,93 zł. Przyjmując, że przy stawce 7,88 zł Odwołujący miałby do wykonania 351.866,11 niedoszacowanych roboczogodzin, wówczas faktycznie poniesione przez Odwołującego koszty stanowiłyby iloczyn ilości roboczogodzin tj. 351.866,11 r-g oraz kosztu 10,64 zł/r-g, co dawałoby kwotę 3.743.855,39 zł, zaś różnica - niedopłata odpowiadałaby wartości przedstawionej przez Zamawiającego tj. 971.150,46 zł.

Zamawiający w swych obliczeniach nie wziął jednak pod uwagę faktu, iż tylko 30% całej robocizny będzie w pełni niedopłacona, tzn. robocizna wykonywana będzie przy koszcie 10,64 zł/r-g, a zatem niedopłacona pozostanie kwota 291.345,14 zł, stanowiąca 30% z kwoty 971.150,46 zł.

Pozostała natychmiast robocizna (tj. 70%) wykonywana będzie z wykorzystaniem sprzętu mechanicznego, co pozwoli zwiększyć wydajność pracy o 40% i obniżyć udział kosztów związanych z robocizną o 14% tj. z 35 % do 21%. W związku z tym obniżeniu o 14% ulegnie także koszt robocizny ponoszony przez Odwołującego z 10,64 zł/r-g do poziomu 9,15 zł/r-g. Jeśli więc przyjąć, że pozostałe 70% robocizny stanowi kwotę 679.805,32 zł, jako różnica pomiędzy kwotą 971.150,46 zł a 291.345,14 zł (przy założeniu

udziału kosztów pracowniczych na poziomie 35%), wówczas na skutek obniżenia udziału kosztu robocizny o 14% tj. z 35% do 21%, zmniejszeniu ulegnie niedopłata w tym zakresie z 679.805,32 zł do 584.632,58 zł.

W rezultacie powyższej analizy wysnuwa się wniosek, że Zamawiający dokonał wadliwego obliczenia, nieuwzględniającego obniżenia kosztów robocizny na skutek zwiększenia wydajności poprzez mechanizację i usprzętowanie. Ostatecznie zaś kwota nieoszacowanej robocizny, jaką Odwołujący zamierza zrekompensować z kwoty wynagrodzenia za czynności administracji, eksploatacji i konserwacji nie wynosi, jak wskazał Zamawiający 971.150,46 zł, lecz 875.977,72 zł.

W związku z powyższym należy uznać, iż możliwe jest uwzględnienie niedoboru kwoty 875.977,72 zł w wynagrodzeniu 3.651.654,24 zł za czynności administracyjne, eksploatacyjne i konserwacyjne, albowiem pozostała po uwzględnieniu niedoboru kwota 2.775.676,52 zł nie daje podstaw, by ostateczną cenę oferty uznać za rażąco niską, a to z uwagi na fakt, iż w/w kwota jest jedynie o 13,5 % niższa od ceny ZGM.

Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem Zamawiającego, iż z uwagi na niską cenę oferty jakość robót będzie niedostateczna, zaś same roboty wykonywane będą w sposób nienależyty przy pomocy urządzeń niedopuszczonych do stosowania, albowiem nad prawidłową realizacją robót, jak również nad odbiorem czuwa Inspektor Nadzoru Zamawiającego, który z całą pewnością nie dopuści do nienależytego wykonywania poszczególnych robót. Tym samym i ten zarzut Zamawiającego uznać należy za bezzasadny. Uzupelnienie powyższego stanowi fakt, iż Odwołujący - obok działalności związanej z zarządzaniem nieruchomościami - jest podmiotem, który specjalizuje się w wykonawstwie wielomilionowych inwestycji budowlanych w sektorze publicznym i prywatnym. Z uwagi zaś na wieloletnią działalność w branży budowlanej Odwołujący potrafi zorganizować proces budowlany w sposób maksymalnie efektywny, jednocześnie zapewniający należyłą jakość i terminowość wykonywanych robót. Odwołujący posiada bowiem na własność wszelki sprzęt, niezbędny do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia. W związku z tym cena Odwołującego nie jest obciążona kosztami związanymi z kredytem czy leasingiem.

Z kolei z informacji posiadanych przez Odwołującego pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie wykonują zawodowo robót budowlanych, a zajmują się takim wykonawstwem jedynie w ramach zarządzania nieruchomościami. W związku z tym wykonawcy ci nie posiadają wystarczającego (własnego) zaplecza technicznego, sprzętu ani potencjału kadrowego umożliwiającego samodzielną realizację wszystkich robót objętych przedmiotowym zamówieniem i będą musieli posiłkować się podmiotami zewnętrznymi. Konieczność dzierżawy sprzętu lub zatrudnienia przedsiębiorstwa budowlanego do wykonania określonych prac jest kosztowne, co znalazło odzwierciedlenie

w zaproponowanych przez pozostałych wykonawców cenach. Jednocześnie zaś, obok wskazanej przez Odwołującego mechanizacji i usprzętowania, istotny wpływ na cenę oferty miała także struktura zatrudnienia i odpowiedni system motywacji pracowników, które zapewniają ponadprzeciętną efektywność wykonywanych prac, a w konsekwencji pozwalają ograniczyć zatrudnienie i tym samym koszty związane z robocizną. Kalkulując cenę oferty Wykonawca przewidział także możliwość obniżenia kosztów pracowniczych poprzez zamiar uzyskania refundacji części wynagrodzeń pracowniczych, na co wskazuje Izba w wyroku o sygn. akt: KIO 516/09. Zaproponowanie niskiej ceny oferty było możliwe także z uwagi na dogodność komunikacyjną, a mianowicie cena oferty Odwołującego nie jest obciążona dodatkowymi kosztami związanymi z dojazdami, albowiem Odwołujący ma swą siedzibę w gminie Zamawiającego, tj. w Tarnowskich Górach. Odwołujący nie miał również świadomości, że Zamawiający bada ofertę pod kątem jej rażąco niskiej ceny, albowiem w wezwaniu z dnia 19.11.2014 r. oraz 26.11.2014 r. Zamawiający powoływał się na art. 87 ust. 1 Pzp, który dotyczy co prawda wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże dopiero w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty Zamawiający wskazał, iż faktyczną podstawę odrzucenia oferty stanowił art. 89 ust. 1 pkt 4, który stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia*. Zamawiający dopuścił się więc naruszenia obowiązku wynikającego z art. 90 ust. 1 Pzp, albowiem Zamawiający nie zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jednocześnie podnieść trzeba, iż Odwołujący skutecznie i prawidłowo odpowiedział na wezwania Zamawiającego z art. 87 ust. 1 Pzp. Tym samym, iż z uwagi na naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp, naruszony został również art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, albowiem obowiązkiem Zamawiającego jest zwrócenie się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający w dniu 22.12.2014 r. (faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 24.12.2014 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zarząd Gospodarki Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 127 c, 41-914 Bytom zwana dalej: „ZGM Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie została ujęta w rankingu ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonego zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania udzielone w postępowaniu, oferty Odwołującego, wezwania z 19.11.2014r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp, wezwania z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp, wezwania z 19.11.2014r. w trybie w trybie 87 ust.1 Pzp, wezwania z 26.11.2014 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp, wezwania z 26.11.2014 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, odpowiedzi Odwołującego z 25.11.2014 r. wraz z załącznikami, tj. oświadczenia podmiotu trzeciego z 13.10.2014 r., nowego wykazu usług, nowego zobowiązania podmiotu trzeciego, odpowiedzi Odwołującego z 27.11.2014 r., odpowiedzi Odwołującego z 28.11.2014 r. wraz z załącznikiem zdjęciem urządzenia oraz dokumentacja (w oryginale wraz z tłumaczeniem), wyboru oferty najkorzystniejszej z 12.12.2014 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie oraz odpowiedź na odwołanie złożone na posiedzeniu przez Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W zakresie odwołania, Izba przywołuje stan faktyczny przywołany w odwołaniu oraz wynikający z odpowiedzi na odwołanie przedstawionej przez Zamawiającego, w tym także przywołane postanowienia SIWZ, jak i z oferty Odwołującego, wezwania z 19.11.2014r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp, wezwania z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp, wezwania z 19.11.2014r. w trybie w trybie 87 ust.1 Pzp, wezwania z 26.11.2014 r. w trybie art. 87 ust.1

Pzp, wezwania z 26.11.2014 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, odpowiedzi Odwołującego z 25.11.2014 r. wraz z załącznikami, tj. oświadczenia podmiotu trzeciego z 13.10.2014 r., nowego wykazu usług, nowego zobowiązania podmiotu trzeciego, odpowiedzi Odwołującego z 27.11.2014 r., odpowiedzi Odwołującego z 28.11.2014 r. wraz z załącznikiem zdjęciem urządzenia oraz dokumentacja (w oryginale wraz z tłumaczeniem), wyboru oferty najkorzystniejszej z 12.12.2014 r.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odwołujący sformułował w dowołaniu następujące zarzuty:

W zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia na rzecz Odwołującego, sformułowano następujące zarzuty:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp poprzez jego wadliwe zastosowanie skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania, Izba uznaje za podlegający oddaleniu.

Należy zauważyć, że dokumenty przekazane przez Odwołującego w piśmie z 25.11.2014 r. (zastąpiły swoje pierwotne odpowiednik z oferty – str. 21, 22 i 23), tj. oświadczenie podmiotu trzeciego z 13.10.2014 r., nowy wykazu usług, nowe zobowiązania podmiotu trzeciego (bez względu na to, czy było to uzupełnienie samodzielne – w odwołaniu Odwołujący wskazuje, że działał z ostrożności /str. 5/, czy też uzupełnienie w innym zakresie w wyniku de facto wezwania z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp) nie dają podstaw do uznania realnego charakteru udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. W tym zakresie dopiero pismo z 27.11.2014 r. daje pełną informację, co do formy udostępnienia oraz sposobu wykorzystania zasobów wiedzy i doświadczenia przez Wykonawcę. Izba wyjaśnia, że pismo z 27.11.2014 r. stanowi de facto uzupełnienie w formie wyjaśnień, co do formy udostępnienia, które jednakże winno znajdować się w samym zobowiązaniu podmiotu trzeciego (pierwotnym lub też nowym), a nie wynikać tylko z wyjaśnień. Izba kierowała się pod tym względem § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 19 lutego 2013 r., poz. 231) zwanego dalej: „*rozporządzeniem w sprawie dokumentów*”, uznając że przepis niniejszy stanowi wytyczne kierunkowe co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego (m.in. za wyrokiem KIO z 18.12.2014 r., sygn. akt: KIO

2554/14).

Izba stoi także na stanowisku, że informacja w tym zakresie, tj. w piśmie z 27.11.2014 r.) została udzielona przez Odwołującego samodzielnie, tak jak uzupełnienie dokonane wraz z pismem z 25.11.2014 r., albowiem wezwanie z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp (ostatni akapit pkt 4) oraz wezwanie z 26.11.2014 r. w trybie 26 ust.4 Pzp (trzeci akapit „od góry”) są praktycznie tożsame w swej treści – Zamawiający prosi o podanie/ wskazanie – w drugim wypadku dodano jednoznacznie: „(...)

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów SM Hutnik;
- b) sposobu wykorzystania zasobów SM Hutnik, przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z SM Hutnik,
- d) zakresu i okresu udziału SM Hutnik przy wykonywaniu zamówienia (...).”

Izba stwierdza, że podkreślenia wymaga ponownie fakt, iż to na wykonawcy spełnia obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a zatem wykazania również tego, czy będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz tego, czy stosunek łączący go z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. W tym zakresie, Izba podziela stanowiska wynikając z wyroku z dnia 05.09.2013 r., sygn. akt: KIO 2030/13, że: „(...) wymagane w art. 26 ust. 2b ustawy udowodnienie udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci winno służyć wykazaniu realności takiego udostępnienia, tj. udowodnieniu faktu, iż przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca będzie udostępnionym potencjałem i zasobami rzeczywiście dysponował i mógł je wykorzystać (...).” „(...) Przy czym tego typu realność – w ślad z ustawodawstwem unijnym, gdzie instytucję powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego odnosi się do szczególnej sytuacji i konkretnego zamówienia – należy oceniać kauzalnie, tj. w odniesieniu do konkretnego przypadku takiego udostępnienia. (...). „(...) Tym samym, w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, wykonawca może i powinien wykazywać na przykład: zakres udostępnianych zasobów, możliwy sposób ich wykorzystania przy realizacji zamówienia, warunki/charakter czy inne możliwości i podstawy takiego udostępnienia, a zwłaszcza ewentualny, planowany udział podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia. Unikając jakichkolwiek generalizacji w odniesieniu do oceny dowodów dotyczących danego udostępnienia, które winno odbywać się indywidualnie, odrębnie dla każdego przypadku, przyjęć można, iż uzyskiwanie przez zamawiającego większej ilości ww. informacji na temat danego udostępnienia, umożliwi lepszą i pełniejszą ocenę okoliczności, które w świetle przepisu art. 26 ust. 2b powinny być wykazywane, czyli realności dysponowania danymi zasobami i możliwość ich wykorzystania w trakcie realizacji zamówienia.(...)”. Podobnie w uchwale KIO z dnia 07.11.2013 r., sygn.

akt: KIO/KU 96/13.

Izba uznała także za trafne stanowisko wyrażone we wskazanym przez Odwołującego na rozprawie wyroku KIO z 04.11.2014 r., sygn. akt: KIO 2182/14, a zarazem adekwatne do przedmiotowego stanu faktycznego, zgodnie z którym: „(...) *Przystępujący, wykazując się spełnianiem warunku wiedzy i doświadczenia, oparł się na potencjale podmiotu trzeciego, jednakże - zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - nie udowodnił w wystarczający sposób, iż wskazany potencjał, udostępniony mu przez podmiot trzeci, będzie wykorzystywany przez wykonawcę (Przystępującego) w sposób realny przy wykonywaniu zamówienia. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy Pzp, jeżeli wykonawca w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego celem wykazania spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu, posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tym zasobem, który jest niezbędny do realizacji zamówienia, a oddane przez podmiot trzeci konkretne zasoby będą wykorzystane przez wykonawcę zamówienia przy jego realizacji. Wskazany przepis ustawy Pzp, jak i przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów, dają adresatom wskazanej normy wytyczne, wskazujące na ciężar dowodowy spoczywający na wykonawcy, który posługuje się takim potencjałem, wykazania realnego dysponowania potencjałem, który będzie mógł być, także w sposób realny, w danych, konkretnych warunkach, wykorzystywany w trakcie realizacji zamówienia. Podkreślenia wymaga, że przepisy te nie wymagają wprost uczestnictwa przy realizacji zamówienia podmiotu trzeciego w formie podwykonawstwa, choć taka forma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego jest z pewnością najbardziej optymalnym rozwiązaniem, wskazującym na realną możliwość wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Art. 26 ust. 2b ustawy Pzp stanowi bowiem o możliwości korzystania z niezbędnych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, a nie uczestnictwie podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Taka forma korzystania z potencjału podmiotu trzeciego (podwykonawstwo), biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne konkretnej sprawy (uwzględniając w szczególności rodzaj udostępnianego potencjału, charakter przedmiotu danego zamówienia, sposób realizacji zamówienia, czy choćby stosunki łączące podmiot trzeci z wykonawcą) może też być wprost niezbędna dla wykazania zamawiającemu rzeczywistej możliwości wykorzystania udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.*”

Z kolei Izba, nie uznała stanowiska Przystępującego, że wiedza i doświadczenie podmioty trzeciego, tj. spółdzielni mieszkaniowej, w tym wypadku Spółdzielni Mieszkaniowej „Hutnik”, może zostać udostępniona w trybie art. 26 ust. 2 b Pzp, tylko wtedy, gdy została uzyskana w ramach zarządzania majątkiem nie własnym spółdzielni, ale majątkiem cudzym, z zastrzeżeniem w statucie spółdzielni możliwości zarządzania nieruchomościami zewnętrznymi i czerpania z tego korzyści poprzez świadczenie usług. Żaden przepis nie

statuuje takiego ograniczenia, co do konieczności uzyskania wiedzy i doświadczenia ramach zarządzania majątkiem nie własnym spółdzielni, ale majątkiem cudzym. Wskazany na rozprawie przez Przystępującego art. 3 Ustawy z dnia 16 września 1982 r. Prawo Spółdzielcze (Dz. U. Nr 30, poz. 210, tj. z 2013 r., poz. 1443) stanowi, że: „*Majątek spółdzielni jest prywatną własnością jej członków.*”. W orzecznictwie i piśmiennictwie panuje pogląd: *quod universitatis est, non est singulorum* - co należy do korporacji (spółdzielni), nie należy do jej poszczególnych członków. W uchwale SN z dnia 6 lutego 1996 r., III CZP 4/96, OSNC 1996, nr 4, poz. 58, również zaznaczono, że przepis art. 3 pr. spółdz. nie statuuje zasady, iż członkowie są współwłaścicielami nieruchomości spółdzielczych czy też innych praw, a zawiera jedynie określenie majątku spółdzielczego, traktowanego jako mienie prywatne, z ekonomicznego punktu widzenia. Dokładniej wyraził się WSA w Olsztynie, którego teza, zawarta w wyroku z dnia 28 stycznia 2009 r., I SA/OI 505/08, M. Spół. 2009, nr 2, s. 41, brzmi: „*Artykuł 3 Prawa spółdzielczego nie pozbawia spółdzielni własności jej majątku i nie czyni spółdzielców współwłaścicielami w rozumieniu prawa cywilnego, a jedynie zalicza własność należącą do spółdzielni, jako osoby prawnej, do kategorii własności prywatnej, a nie spółdzielczej. Własność taka w rozumieniu przepisów prawa pozostaje jednak własnością cudzą, a jej przedmiot jest cudzym mieniem, także dla członka tej spółdzielni*”.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp poprzez wadliwe jego zastosowanie uniemożliwiające Odwołującemu skuteczne uzupełnienie dokumentu - zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia, Izba uznaje za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, działania Zamawiającego (tzn. wezwanie z 19.11.2014r. w trybie art. 26 ust.3 Pzp, wezwanie z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp oraz wezwanie z 26.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp) nie uniemożliwiły Odwołującemu dokonanie uzupełnienia w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego. Podkreślenia wymaga, że to na Wykonawcy spoczywał obowiązek wykazania realności przekazania na jego rzecz zasobów podmiotu trzeciego wszelkimi dowodami. Wykonawca uzupełniając w dniu 25.11.2014 r. m.in. zobowiązanie podmiotu trzeciego - samodzielnie, działał z całą świadomością i abstrahował od wezwania z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp, wyraźnie bowiem oświadczył w odwołaniu, że działał z ostrożności. Wszystkie wezwania z 19.11.2014 r. (dotyczące koniecznego do wykazania warunku wymaganej wiedzy i doświadczenia) nie przeszkodziły Odwołującemu dokonanie stosownego uzupełnienia w piśmie z 25.11.2014 r., w konsekwencji Izby nie widzi podstaw do uznania działań Zamawiającego na korzyść Odwołującego, albowiem de facto nie wprowadziły one Odwołującego w błąd. W ocenie Izby,

w wyniku uzupełnienia z 25.11.2014 r. nowe zobowiązanie jest niepełne i nie określa formy udostępnienia. Z kolei co do wezwania z 26.11.2014 r., Izba podtrzymuje swoje stanowisko, że wezwanie niniejsze było de facto tożsame z wezwaniem z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp, a brakujący element, tak jak samo zobowiązanie zostało podane samodzielnie. Izba podkreśla, że uznaje, iż samodzielne uzupełnienie wywołuje, takie same skutki, jak uzupełnienie na skutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, tym bardziej, że Wykonawca działał z całą świadomością, co wynika z odwołania. W tym zakresie Izba przywołuje za wyrokiem z 24.01.2014 r., sygn. akt: KIO 41/14, że: *„Tego rodzaju działanie jest uznawane przez orzecznictwo sądów powszechnych oraz KIO, jednakże wiążą się z tym określone skutki, w tym wypadku negatywne względem Przystępującego: (...) za orzecznictwem KIO oraz SO, (...) dopuszczalne jest w pewnych wypadkach i z określonymi konsekwencjami samodzielne uzupełnienie w toku oceny ofert, czy też procedury odwoławczej. Izba przywołuje w tym zakresie wyrok KIO z dnia 25.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 59/10, wyrok KIO z dnia 04.08.2010 r., sygn. akt: KIO 1551/10 oraz w wyroku KIO z dnia 23.07.2010 r., sygn. akt: KIO 1444/10, czy też wyrok KIO z dnia 14.05. 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 735/10. Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. akt: XIX Ga 162/10.” (za wyrokiem z dnia 05.06.2012 r., sygn. akt: KIO 1054/12) (...)*”. Kontynuując, świadome działanie Odwołującego wynika, także z samej treści nowego zobowiązania, które jest rozbudowane w swej treści o elementy wynikające z wezwania z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp. Podobne elementy były treścią wezwania z 26.11.2014 r., mimo to Odwołujący tak jak w pierwszym wypadku udzielił odpowiedzi abstrahując od wezwania (podał formę udostępnienia). Biorąc powyższe pod uwagę oraz okoliczność, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 Pzp poprzez wadliwe jego zastosowanie uniemożliwiające Odwołującemu wykazanie, iż Odwołujący będzie realnie dysponował oddanymi mu przez inny podmiot niezbędnymi zasobami wiedzy i doświadczenia, Izba uznaje za podlegający oddaleniu.

W tym zakresie, Izba stoi na stanowisku, że mimo niewątpliwie jego wadliwego zastosowania przez Zamawiającego przy wezwaniu z 19.11.2014r. w trybie 26 ust.4 Pzp, nie uniemożliwiło to dokonanie samodzielnego uzupełnienia przez Odwołującego w ramach pisma z 25.11.2014 r., czyli nie uniemożliwiło wykazania realnego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, czemu Wykonawca nie sprostął z powodów wskazanych przy omawianiu poprzednich zarzutów. Podobnie co do czynności wezwania z 26.11.2014 r. w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, na co także Izba wskazywała powyżej. W konsekwencji, mimo naruszenia art. 26 ust.4 Pzp, gdyż wezwano do wyjaśnień, a należało w pierwszym wypadku wezwać do

uzupełnienia, a w drugim wypadku wezwanie było tożsame z wcześniejszym, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp – brak wpływu na wynik, tzn. czynności nie miały wpływu lub nie mogły mieć istotnego wpływu, z uwagi na samodzielne działania Odwołującego, które abstrahowały od istoty wezwań, zarzut podlega oddaleniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W zakresie zaoferowania ceny rażąco niskiej w zakresie zaoferowanej stawki roboczogodziny przez Odwołującego, sformułowano następujące zarzuty:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 Pzp poprzez wadliwe jego zastosowanie w celu ustalenia, czy oferta Odwołującego nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, Izba uznaje za podlegający oddaleniu, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

W tym zakresie, Izba potwierdza niewątpliwie naruszenia przepisu wskazanego powyżej poprzez czynność wezwania z 19.11.2014r. w trybie 87 ust.1 Pzp oraz wezwania z 26.11.2014 r. w trybie art. 87 ust.1 Pzp, jednakże z uwagi na art. 192 ust.2 Pzp, zarzut podlega oddaleniu. Ewentualne uwzględnienie zarzutu nie ma wpływu na wynik, z uwagi na oddalenie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, czyli utrzymanie skuteczności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu. Nadto, z uwagi na de facto podleganie odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp wobec de facto zmiany zaoferowanej stawki roboczogodziny z 7, 88 zł /str.1 oferty/ na 10,16 zł (10, 64 zł) w ramach wyjaśnień udzielonych w piśmie z 25.11.2014 r. (pkt 6 lit. b), co wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego – w piśmie z 12.12.2014 r. (str. 4-5), mimo wskazania odmiennej podstawy prawnej odrzucenia. Izba w tym zakresie nie uznaje stanowiska Odwołującego z rozprawy. Podana stawka roboczogodziny w ofercie jest stała i nie może podlegać zmianie na etapie realizacji zamówienia, czy też uzupełnieniu o inne wynagrodzenie pochodzące z innych pozycji rozliczeniowych formularza ofertowego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek stwierdzenia w ofercie ceny rażąco niskiej, Izba uznaje za podlegający oddaleniu, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Nie można negować naruszenia, że strony Zamawiającego powyższego przepisu, z uwagi na nie zastosowanie wezwanie art. 90 ust.1 Pzp, zgodnie bowiem z art. 90 ust.3 Pzp takie wezwanie jest konieczne – wynika to z przepisu – celem odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, albowiem odrzucenie z uwagi na cenę rażąco niską nie może mieć charakteru automatycznego, musi je poprzedzać postępowanie wyjaśniające. Jednakże, z uwagi na brak wpływu na wynik, ewentualne wezwanie, jest bez znaczenia, z uwagi na

zasadność wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Nadto, z uwagi na de facto podleganie odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp wobec de facto zmiana zaoficerowanej stawki roboczogodziny z 7, 88 zł /str.1 oferty/ na 10,16 zł (10, 64 zł – po korekcie błędu Odwołującego przez Zamawiającego – nie został niniejszy błąd na rozprawie zanegowany) w ramach wyjaśnień udzielonych w piśmie z 25.11.2014 r. (pkt 6 lit. b), co wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego – w piśmie z 12.12.2014 r. (str. 4-5), mimo wskazania odmiennej podstawy prawnej odrzucenia.

Na marginiesie, Izba wskazuje niezależnie od dokonanego oddalenia z uwagi na zaistniały stan faktyczny, że: „Ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez wykonawcę (Wyrok SO w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Oceniając tylko jeden element oferty, zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej cenie oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Nawet gdy kalkulacja jednostkowych elementów odbiega od cen rynkowych, nie oznacza to, że cena całej oferty jest rażąco niska. (...) Twierdzenie, że niektóre pozycje kosztorysowe w ofercie są znacznie zaniżone nie uzasadnia jeszcze tezy, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej i nie stwarza podstaw do zastosowania przepisu art. 90 ust. 1 Pzp (Wyrok KIO z dnia 24.05.2012 r., sygn. akt: KIO 916/12). Twierdzenie, że cena oferty jest rażąco niska musi odnosić się do całkowitej ceny oferty, a nie do jej poszczególnych pozycji” (za wyrokiem KIO z 03.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2011/12).

Na marginiesie, Izba także wskazuje, że kwestia tego rodzaju, iż Odwołujący zaoficerował stawkę roboczogodziny na określonym niskim poziomie z uwagi na wydzielenie w tym zakresie niezależnego kryterium oceny ofert, wymagałoby wykazania przez Zamawiającego celowego działania ze strony Odwołującego, nadto musiałbym wynikać z danego stanu faktycznego również brak możliwości ewentualnego zniwelowania różnicy punktowej mogącej z tego wynikać w innych kryteriach przez Wykonawców konkurencyjnych. Izba także informacyjnie podkreśla, że także „pod rządami” przepisów obowiązujących w dniu 18.10.2014 r. (przedmiotowe postępowanie przetargowe ogłoszono: 24.09.2014 r.), tj. przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 28 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 122) istniała możliwość zastosowania kryteriów innych niż cena, ustalenie tego rodzaju kryteriów spoczywało po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie

zwrócenia się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, Izba uznaje za podlegający oddaleniu, z uwagi na art. 192 ust. 2 Pzp.

Nie można negować naruszenia, w ocenie Izby, że strony Zamawiającego powyższego przepisu, zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 Pzp takie wezwanie w trybie art. 90 ust.1 Pzp jest konieczne – wynika to z przepisu – celem odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp, albowiem odrzucenie z uwagi na cenę rażąco niską nie może mieć charakteru automatycznego, musi je poprzedzać postępowanie wyjaśniające. Podobnie za orzecznictwem, że: "(...) *żądanie odrzucenia ofert innych Wykonawców z uwagi na zaistnienie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp jest przede wszystkim w przedmiotowym stanie faktycznym przedwczesne, gdyż z wykładni literalnej przywołanego przepisu potwierdzonej jednoznacznie w orzecznictwie wynika, że czynność wezwania do wyjaśnień Zamawiający musi dokonać przed ewentualnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp*". (wyrok z dnia 04.02.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 117/10). Podobnie w wyroku KIO z dnia 05.05.2010 r., sygn. akt: KIO 609/10, czy też wyroku z dnia 17.11.2010 r., sygn. akt: KIO 2420/10. Identyczne stanowisko wynika z orzecznictwa sądów powszechnych: "*W ocenie Sądu Okręgowego skorzystanie z określonej w tym przepisie sankcji [odrzucenie oferty - na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp - jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia] musi zostać poprzedzone żądaniem wyjaśnień od oferenta w trybie art. 90 Pzp*" (wyrok SO w Krakowie z dnia 08.04.2009 r., sygn. akt: XII Ca 59/09).

Jednakże, z uwagi na brak wpływu na wynik, ewentualne wezwanie, jest bez znaczenia, z uwagi na zasadność wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Nadto, z uwagi na de facto podleganie odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp wobec de facto zmiany zaoferowanej stawki roboczogodziny z 7, 88 zł /str.1 oferty/ na 10,16 zł (10, 64 zł) w ramach wyjaśnień udzielonych w piśmie z 25.11.2014 r. (pkt 6 lit. b), co wynika z uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego – w piśmie z 12.12.2014 r. (str. 4-5), mimo wskazania odmiennej podstawy prawnej odrzucenia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W konsekwencji oddalenia poprzednich zarzutów i zasadności wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, Izba oddaliła także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego, co uniemożliwiło wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej Przystępującego.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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).

Izba na marginesie, informacyjne, podkreśla, że nie ma możliwości uwzględnienia jakiegokolwiek wniosku o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie norm przepisanych, albowiem w postępowaniu odwoławczym - stosownie do § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika mogą być przez Izbę zasądzone wyłącznie na podstawie przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy rachunku.

Przewodniczący :

.....