

WYROK

z dnia 22 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 10 maja 2012 r. przez WUPRINŻ S. A., ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Gospodarki Wodno – Kanalizacyjnej Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c., adres dla pełnomocnika: ul. Spalska 26/28, 97-200 Tomaszów Mazowiecki zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża WUPRINŻ S. A., ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez WUPRINŻ S. A., ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od WUPRINŻ S. A., ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań kwotę **23 600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Zakładu Gospodarki Wodno – Kanalizacyjnej Sp. z o.o., ul. Kępa 19, 97-200 Tomaszów Mazowiecki stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarki Wodno - Kanalizacyjnej w Tomaszowie Mazowieckim Spółka z o.o., Tomaszów Mazowiecki, 97-200, Ul. Kępa 19 prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Projektowanie i budowa kanalizacji sanitarnej dla zadania 14” objętego projektem pt. „Modernizacja oczyszczalni ścieków i skanalizowanie części aglomeracji Tomaszowa Mazowieckiego”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 12 stycznia 2012 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 stycznia 2012 r. pod numerem 2012/S 10-014957.

Wykonawca WUPRINŻ S.A., Poznań, 60-465, ul. Straży Ludowej 35 (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 10 maja 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,
- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 3 ustawy Pzp,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- wydanie wyroku nakazującego Zamawiającemu:
 - dokonania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
 - dokonania czynności wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek

s.c. (zwanego dalej „Konsorcjum BINSTAL”) z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, bądź odrzucenia ww. oferty;

- dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ) i ustawą Pzp.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący w dniu 30 kwietnia 2012 r. został powiadomiony o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c. jako najkorzystniejszej. Odwołujący dokonując przeglądu dokumentacji przetargowej stwierdził, że oferta ww. wykonawcy nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą, bowiem wykonawca ten winien zostać przez Zamawiającego wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą, z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Dodatkowo oferta ww. wykonawca podlega także odrzuceniu z powodu występowania w niej rażąco niskiej ceny. Zamawiający badając oferty dostrzegł uchybienia w ofercie ww. wykonawcy i w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pismem z dnia 19 marca 2012 r. wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w postaci wykazu osób zdolnych do wykonania zamówienia (Załącznik nr 5) z powodu braku w tym dokumencie między innymi informacji dotyczących Pana Henryka Gędkę zgłoszonego do pełnienia funkcji Eksperta 2 - Kierownika Zespołu Projektowego/Projektanta wiodącego, czy jego uprawnienia budowlane są „bez ograniczeń”. W odpowiedzi na to wezwanie, wykonawca pismem z dnia 26 marca 2012 r. uzupełnił wykaz osób (Załącznik Nr 5), z którego treści wynika – w ocenie Odwołującego - że kandydatem na Eksperta 2 nie jest już Pan Henryk Gędek, lecz Pan Marek Michalczyk. W uzupełnionym wykazie osób w rubryce „Podstawa dysponowania” wpisano, że podstawą dysponowania Panem Markiem Michalczykiem jest oświadczenie na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Do wykazu osób załączono oświadczenie innego podmiotu, tj. ELCON Marek Michalczyk o treści niewskazującej na udostępnienie osoby zdolnej do wykonania zamówienia, za to wskazującej, że ten podmiot udostępnia wiedzę, doświadczenie i potencjał techniczny. Zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ponownie wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, między innymi do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego - ELCON Marek Michalczyk, z którego wynikało, że ten podmiot udostępnia wykonawcy osobę zdolną do wykonania zamówienia w osobie Pana Marka Michalczyka. Wykonawca pismem z dnia 14 kwietnia 2012 r. uzupełnił takie zobowiązanie. Na uwagę zasługuje fakt dwukrotnego wzywania do uzupełnienia

dokumentów w tej samej sprawie. Nastąpiło ponowne uzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy uzupełnionego wcześniej w tym samym trybie. Pierwsze wezwanie Zamawiającego dotyczyło uzupełnienia Wykazu osób, z którego wynikać będzie spełnianie między innymi warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania właściwą osobą na funkcję Eksperta nr 2. Konsorcjum uzupełniło Wykaz osób zmieniając, w stosunku do Wykazu załączonego do oferty, osobę na tę funkcję, wskazując jednocześnie, że nie dysponuje nią wprost, tylko na podstawie oświadczenia wymienionego w art. 26 ust. 2b Ustawy. Załączone do Wykazu oświadczenie nie jest oświadczeniem o udostępnieniu tej osoby. Zatem Konsorcjum uzupełnionymi dokumentami nie potwierdziło spełniania warunku dysponowania osobą do pełnienia funkcji Eksperta nr 2 na dzień składania ofert. Art. 26 ust. 3 zdanie drugie stanowi: „Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert”. W terminie wskazanym przez Zamawiającego, tj. w dniu 26 marca 2012 r., oświadczeniami i dokumentami złożonymi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum nie potwierdziło spełniania warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobą na funkcję Eksperta nr 2. Zamawiający w takiej sytuacji, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 3 Ustawy winien wykluczyć Konsorcjum z postępowania jako wykonawcę, który nie wykazał skutecznie spełniania warunku dysponowania osobą właściwą do pełnienia funkcji Eksperta nr 2. Nie dokonując tej czynności Zamawiający naruszył te przepisy w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający wzywając ponownie do uzupełnienia dokumentów (wcześniej uzupełnionych) na potwierdzenie tego samego warunku udziału w postępowaniu naruszył przepis art. 26 ust. 3 Ustawy, bowiem czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i wyznaczenie terminu do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia tego samego warunku jest czynnością jednorazową. Wykonawca winien złożyć w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, pismem z dnia 19 marca 2012 r., już wyznaczył dla Konsorcjum stosowny termin do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobą do pełnienia funkcji Eksperta nr 2, był to dzień 26 marca 2012 r. Wzywanie Konsorcjum ponowne, pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r., i wyznaczanie następnego terminu jest czynnością naruszającą art. 26 ust. 3 Ustawy. Wobec zaistniałej sytuacji opisanej wyżej, Zamawiający zamiast wybrać ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą, winien tę ofertę uznać za odrzuconą. Nie dokonując czynności uznania oferty za odrzuconą naruszył art. 24 ust. 4 Ustawy. Na uwagę zasługuje fakt, że Zamawiający w identycznej prawnie sytuacji

faktycznej w stosunku do innego Wykonawcy Eko Wodrol Sp. z o.o. podjął odmienne czynności. Zamawiający wykluczył tego Wykonawcę z postępowania, a ofertę jego uznał za odrzuconą z zarzutem złożenia, na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, dokumentów nie potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania osobą do pełnienia funkcji Eksperta nr 8. Takie działanie Zamawiającego aż nadto potwierdza naruszenie art. 7 ust. 1 Ustawy. Zamawiający w tym postępowaniu nie traktował wykonawców równo. W identycznej prawie sytuacji faktycznej, dotyczącej dwóch wykonawców, wybrał ofertę Konsorcjum jako najkorzystniejszą, a Wykonawcę Eko Wodrol Sp. z o.o. wykluczył z postępowania i ofertę jego uznał za odrzuconą. Za przyczynę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Ustawy należy uznać także naruszenie przez Zamawiającego przepisów Ustawy w związku z powtórным umożliwieniem uzupełnienia przez Konsorcjum dokumentów wbrew Ustawie oraz uznanie wbrew Ustawie za właściwe wyjaśnień Konsorcjum potwierdzających występowanie w ofercie rażąco niskiej ceny, a dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, o czym będzie mowa niżej. Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2012 r. znak: L.DZ/JRP/DD/924/2012 wezwał Konsorcjum do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny oferty. Wezwanie było dokonane w oparciu o art. 90 ust. 1 Ustawy. Konsorcjum za pismem z dnia 26 marca 2012 r. złożyło wyjaśnienia, z których nie wynika, że mogło zaoferować tak niską cenę. Konsorcjum składając wyjaśnienia o takiej treści potwierdziło, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia Konsorcjum są nieadekwatne w stosunku do:

- występującej różnicy pomiędzy wartością szacunkową zamówienia brutto (16.240.350 zł) a ceną oferty Konsorcjum (6.970.979 zł) - cena oferty stanowi jedynie 43% wartości szacunkowej zamówienia;
- występującej różnicy pomiędzy średnią ceną wszystkich ofert (12.294.323 zł) a ceną oferty Konsorcjum (6.970.979 zł) - cena oferty Konsorcjum stanowi jedynie 57% średniej ceny wszystkich ofert;
- średniej ceny ofert po odrzuceniu cen ofert skrajnych (11.954.015 zł) a ceną oferty Konsorcjum (6.970.979 zł) - cena oferty Konsorcjum stanowi jedynie 58% średniej ceny ofert po odrzuceniu cen ofert skrajnych;
- oferty z drugą w kolejności ceną, tj. do ceny oferty Odwołującego (10.271.884 zł) a ceną oferty Konsorcjum (6.970.979 zł) - cena oferty Konsorcjum stanowi jedynie 67% ceny oferty Odwołującego;
- szeroko rozumianego potencjału Konsorcjum w odniesieniu do pozostałych wykonawców, szczególnie w odniesieniu do Odwołującego;
- frontu prowadzonych robót umożliwiającego negocjowanie cen zakupu materiałów z dostawcami, ta cecha nie wyróżnia Konsorcjum w odniesieniu do pozostałych wykonawców, szczególnie w odniesieniu do Odwołującego;
- wysokości przewidzianego przez Konsorcjum 15 %zysku a zyskiem przewidzianym przez pozostałych wykonawców, Odwołujący także zachował ten poziom zysku;
- zrezygnowania z podwykonawców a wykonywania robót z wykorzystaniem podwykonawców, co absolutnie nie jest wykładnikiem ceny, bowiem co do zasady

korzystanie z wyspecjalizowanych podwykonawców obniża koszty wykonania robót; • posiadania 3 wiertnic horyzontalnych, Odwołujący także posiada wiertnice horyzontalne i to w ilości 4szt. Bez wątplenia wyjaśnienia są wyłącznie ogólnikowe, nie poparte dowodami, nie wyróżniają Konsorcjum w stosunku do pozostałych wykonawców. Jedynym wyróżnikiem mogącym mieć nieznaczny wpływ na cenę oferty jest to, że Konsorcjum składa się z lokalnych firm w stosunku do miejsca wykonywania robót. Ten czynnik nie może jednak znaleźć uzasadnienia dla możliwości zaoferowania tak skrajnie niskiej ceny, co zaprezentowano powyżej. Koszty dzierżawy placu do parkowania maszyn (przy czym trudno sobie wyobrazić, aby maszyny Konsorcjum każdego dnia zjeżdżały do bazy), koszty dojazdów pracowników, czy też koszty diet pracowników nie stanowią milionowych kwot i nie mogą stanowić uzasadnienia skrajnego zaniżenia ceny oferty w stosunku do pozostałych wykonawców. Zamawiający mając do czynienia z tak skrajnie niską ceną oferty Konsorcjum, winien w sposób szczególny pochylić się nad wyjaśnieniami Konsorcjum. Same oświadczenia Konsorcjum to za mało, aby dać wiarę, że oświadczone okoliczności są prawdziwe, a jeśli już, to czy ich wpływ na cenę może być adekwatny w stosunku do tak skrajnie niskiej ceny. Niewątpliwie wyjaśnienia Konsorcjum potwierdziły, że cena jego oferty jest rażąco niska. Zamawiający nie dostrzegł jakości wyjaśnień i braku ich adekwatności w stosunku do ceny oferty Konsorcjum. Zamawiający wzywając Konsorcjum do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. wprowadził domniemanie występowania w tej ofercie rażąco niskiej ceny. Konsorcjum swoimi wyjaśnieniami popartymi dowodami powinno to domniemanie obalić. Niestety nie uczyniło tego, a wręcz przeciwnie, swoimi wyjaśnieniami potwierdziło, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący zdaje sobie sprawę, że w związku z uznaniem przez Zamawiającego wyjaśnień Konsorcjum, to na Odwołującym spoczywać miałby ciężar udowodnienia, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Tak byłoby, gdyby wyjaśnienia Konsorcjum były szczegółowe, poparte dowodami, których obalenie wymagałoby kontrdowodów, W tej konkretnej sytuacji jest inaczej. Mamy do czynienia z wyjaśnieniami życzeniowymi i ceną skrajnie niską w stosunku do wartości szacunkowej zamówienia, z ceną skrajnie niską w stosunku do cen ofert pozostałych wykonawców, z ceną nierealistyczną, o której w żaden sposób nie można powiedzieć, że jest ceną rynkową. Obalenie takich wyjaśnień konsorcjum nie wymaga dowodów, zaś prawo samo w sobie nie wymaga dowodzenia. Wydaje się, że najlepszym dowodem są same wyjaśnienia Konsorcjum. Zamawiający uznając za wystarczające nieadekwatne do skrajnie niskiej ceny oferty ogólnikowe wyjaśnienia Konsorcjum nie poparte dowodami naruszył art. 90 ust. 2 Ustawy. Zaś nie odrzucając oferty Konsorcjum, w związku ze złożeniem wyjaśnień potwierdzających występowanie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia i cen ofert pozostałych wykonawców, naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy. Celem wyboru najkorzystniejszej oferty jest zawarcie umowy z wybranym

wykonawcą na realizację zamówienia. Zamawiający zamierzając zawrzeć umowę z Konsorcjum, czyli z wykonawcą, którego oferta została wybrana z naruszeniem przepisów Ustawy, naruszył także zasadę określoną w art. 7 ust. 3 Ustawy. W świetle powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i wydanie wyroku zgodnego z jego oczekiwaniami. Wpis od odwołania w kwocie 20.000 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Dowód uiszczenia wpisu w załączeniu. Kopia niniejszego odwołania została przesłana do Zamawiającego. Załączniki: 1. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania. 2. Pełnomocnictwo. 3. Dowód opłaty skarbowej od pełnomocnictwa. 4. Wypis z KRS. 5. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania do Zamawiającego. Dowody: Dowody (dokumenty), na które w odwołaniu powołuje się Odwołujący, są jawne i znajdują się w dokumentacji przetargowej.

W dniu 30 kwietnia 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c.

Powyższe czynności Zamawiającego stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę WUPR1NŻ S.A., Poznań, 60-465, ul. Straży Ludowej 35.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c.

Pismem z dnia 21 maja 2012 r. Zamawiający odpowiedział na odwołanie, nie zgadzając się z zarzutami zawartymi w odwołaniu oraz wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c. - jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 11 maja 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 14 maja 2011 r. zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c. (zwany dalej: „Przystępującym Binstal”).

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) BINSTAL Tchórz Bożena, 2) BINSTAL s.c. Tchórz Przemysław, Tchórz Honorata, 3) Zakład Instalacji Sanitarnych Projektowanie i Nadzór Inwestorski H. i D. Gędek s.c.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest bezzasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba rozpatrzyła zarzut dotyczący naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez – jak twierdzi Odwołujący – dwukrotne skorzystanie z dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy w tym samym zakresie i okolicznościach wobec Przystępującego Binstal.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2012 r. wezwał Przystępującego Binstal w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m. in. oświadczeń i dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1. wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, odpowiedzialnych za kierowanie robotami wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami, wraz z informacją nt kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, wykształcenia

niezbędnych do wykonania zamówienia a także zakresu wykonywanych czynności w zakresie m. in.:

- Ekspert 2 kierownik Zespołu Projektowego/Projektant wiodący – w stosunku do Pana Henryka Gędkę nie ma informacji, czy posiadane przez niego uprawnienia są „bez ograniczeń” a Zamawiający wymagał uprawnień budowlanych do projektowania w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń lub odpowiadających im ważnych uprawnień budowlanych wydanych na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów prawa uprawniających do projektowania w specjalności techniczno-budowlanych instalacji i urządzeń sanitarnych. Zamawiający wystąpił także o wyjaśnienie czy funkcja kierownika pracowni projektowej jest równoważna funkcji głównego projektanta lub kierownika zespołu projektowego.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego Przystępujący Binstal uzupełnił m. in. wykaz osób wskazując na nowego eksperta nr 2 – Pana Marka Michalczyka oraz jego oświadczenie złożone w oparciu o art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. wezwał Przystępującego Binstal w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia m. in. oświadczeń i dokumentów niezbędnych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

2. Zobowiązania firmy ECON Marek Michalczyk do oddania do dyspozycji konsorcjum osób zdolnych do wykonania zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Przystępujący Binstal uzupełnił powyższy dokument.

Oceniając złożone dokumenty Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że biorąc pod uwagę okoliczność, że w przypadku Pana Marka Michalczyka Zamawiający miał do czynienia z samoudostępnieniem/samozatrudnieniem (dysponowaniem bezpośrednim) zatem złożenie oświadczenia - w rygorach art. 26 ust. 2 b) ustawy Pzp – w świetle przepisów ustawy nie było konieczne.

W ślad za wyrokiem KIO z dnia 1 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1170/10 „O przypadkach pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia rozstrzyga natomiast więź prawna istniejąca pomiędzy wykonawcą o podmiotem trzecim (arg. z art. 26 ust. 2b ustawy - Prawo zamówień publicznych). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosowne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia

tych osób (...).Tak więc z przypadkami pośredniego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będziemy mieli do czynienia między innymi w sytuacji delegowania pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (spełniającymi wymagania określone przez zamawiającego), będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia. (..)”

Reasumując w świetle powyższego Zamawiający nie miał podstaw do wzywania do uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie, jednak naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania, gdyż nie znalazły się podstawy do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zatem, wobec braku konieczności kierowania do wykonawcy pisma z dnia 20 kwietnia 2012 r. (wzywającego do powtórnego uzupełnienia) Izba nie badała i porównywała zakresów obu wezwań w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (pismo z dnia 19 marca 2012 r. oraz z 20 kwietnia 2012 r.).

W zakresie zarzutu Odwołującego, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego Binstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z uwagi na rażąco cenę. Izba uznała iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

Nie ulega wątpliwości, iż w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Zamawiający nie może automatycznie dokonać odrzucenia oferty wykonawcy ze względu na rażąco niską cenę. W przypadku wystąpienia wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny Zamawiający obowiązany jest do sprawdzenia każdej oferty mającej rażąco niski charakter pod względem składających się na nią elementów, następnie wystąpić o wyjaśnienia zanim podejmie decyzję o jej odrzuceniu (np. orzeczenie z dnia 21 maja 2008 r., w sprawie T-495/04 Belfass przeciwko Radzie). Pogląd ten jest także akceptowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dotyczącym procedury ustalania, czy cena jest rażąco niska opisanej w art. 90 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający wezwał Przystępującego Binstal do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba biorąc pod uwagę złożone wyjaśnienia uznała, że powyższy zarzut nie potwierdził się. Analiza zarzutów podnoszonych przez Odwołującego prowadzi do wniosku, iż nie mają one umocowania w niniejszym stanie faktycznym.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wezwał Przystępującego Binstal do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego były wyczerpujące i wystarczające do uznania, iż nie zachodzą przesłanki do uznania ceny zaproponowanej za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba - pierwszej kolejności - wzięła pod rozwagę wyjaśnienia Przystępującego Binstal, że przychyliła się do stanowiska Przystępującego, że przyjęty sposób rozliczenia w postaci ceny ryczałtowej wskazuje na ogólną podstawę wyceny, zaś wskazanie podstawowych składników składających się na niższą cenę oferty niż u pozostałych wykonawców, nawet, jeżeli przyjąć ich pewien stopień ogólności, co jest z kolei charakterystyczne dla tego rodzaju zamówień, nie może stanowić automatycznej przesłanki do uznania, iż cena oferty jest rażąco niska.

Jak wskazał Przystępujący Binstal jeżeli bowiem wyjaśnienia w swojej konstrukcji mają częściowo charakter ogólny – z czym mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym – powołując się na generalne czynniki, które miały znaczenie dla konstruowania ceny ofertowej jak m.in. czynniki związane z kondycją firmy (np. wieloletnia obecność na rynku i wypracowanie takich form zakupów i cen zakupów, a także grupy stałych dostawców wyrobów budowlanych, które gwarantują konkurencyjność cenową wykonawcy, czy czynniki związane z lokalizacją inwestycji, co pozwala na zaoszczędzenie na kosztach dojazdów do Zamawiającego, kosztach delegacji i diet dla pracowników realizujących zadanie oraz kosztów utworzenia lokalnego biura odpowiedzialnego za realizację przedmiotu umowy - to takie wyjaśnienia, choć mające charakter generalny mają znaczenie i odniesienie do korzystnej sytuacji dla tego konkretnie wykonawcy, co odpowiada wytycznym z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, które Zamawiający powinien brać pod uwagę przy ocenie wyjaśnień wykonawcy udzielanych na wezwanie kierowane na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego Binstal, że oceniając wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, należy zauważyć, iż wskazują czynniki mające realny i obiektywny wpływ na cenę oferty. Przystępujący wskazał w złożonych wyjaśnieniach czynniki mające bezpośredni wpływ na minimalizację kosztów realizacji wynikające w szczególności z poniższych okoliczności:

- zamówienie będzie realizowane (zgodnie z oświadczeniem złożonym w ofercie) bez udziału podwykonawców,
- zaplanowanej technologii realizacji,
- założonego zysku na poziomie 15%,

- możliwość uzyskania i wynegocjowania korzystnych umów z dostawcami materiałów, oszczędności z tytułu znacznego potencjału technicznego i sprzętowego,
- lokalizacja bazy sprzętowej i siedziby w miejscu realizacji robót.

Oceniając wyjaśnienia Przystępującego Binstal Izba uznała, że nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego – w ocenie którego - przedstawione Zamawiającemu wyjaśnienia są ogólne, lakoniczne i nie odnoszą się do całkowitej ceny oferty (ryczałtowej) ustalonej z należytą starannością.

Jak słusznie zauważył Przystępujący Binstal o tym czy argumentacja jest właściwa i wystarczająca dla Zamawiającego nie stanowi jej obszerność, ale to czy odnosi się ona do elementów mających realny i bezpośredni wpływ na obliczoną cenę i koszty realizacji konkretnego zamówienia, przy założeniu uzyskania zysku.

Izba wzięła pod rozwagę również wyjaśnienia Zamawiającego, wskazującego, że Zamawiający badając ofertę Przystępującego Binstal i złożone przez niego wyjaśnienia brał pod uwagę istotny fakt wieloletniego doświadczenia Przystępującego Binstal w realizacji robót budowlanych o znacznej wartości i skomplikowanym charakterze, również realizowanych na rzecz Zamawiającego, gdzie proponowane ceny były podobne a zamówienia zrealizowane prawidłowo i w pełnym zakresie.

Zarówno Zamawiający jak i Przystępujący Binstal – odpierając zarzuty Odwołującego – zaznaczali, że cena oferty została skalkulowana w sposób należyty, jest cena rynkową, adekwatną do zakresu przedmiotu zamówienia oraz gwarantującą prawidłową jego realizację. Uwzględnia wszystkie niezbędne koszty oraz gwarantuje zysk.

Nie ulaga wątpliwości, że ceną rażąco niską jest cena niepokrywająca wydatków wykonawcy związanych z realizacją zamówienia, cena nierealna w relacji do cen rynkowych podobnych zamówień, jak również cena niewiarygodna i oderwana od realiów rynkowych, za którą należyte wykonanie zamówienia nie jest możliwe, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie generalnie nie występującą na rynku (np. wyrok SO w Katowicach z 30 stycznia 2007 XIX Ga 3/07). Jednak, - w niniejszym stanie faktycznym - biorąc pod uwagę, że Przystępujący Binstal założył i wykazał określony zysk na poziomie 15% zatem trudno przyjąć stanowisko, iż będzie realizował zamówienie poniżej kosztów.

W konsekwencji powyższych wyjaśnień – zarówno Zamawiającego jak i Przystępującego Binstal - jak również stanowisk zaprezentowanych na rozprawie oraz

wobec nieodparcia argumentacji przedstawionej przez Przystępującego Binstal należało uznać, że w świetle powyższego Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Binstal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do przypisania Zamawiającemu naruszenia dyspozycji art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji uznała, że postawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zarzutem chybionym.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, w wysokości do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....