

Sygn. akt: KIO/755/10

**WYROK**

**z dnia 25 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**

**Klaudia Szczytowska - Maziarz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **21 maja 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 kwietnia 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Akademię Sztuk Pięknych, ul. Targ Węglowy 6, 80-83 Gdańsk**

**orzeka:**

- 1. oddala odwołanie**
- do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz** oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) zgodnie z fakturą przedłożoną do akt sprawy,
- kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz,**

4. zasądza od **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 83-375 Bydgoszcz** na rzecz **Akademii Sztuk Pięknych, ul. Targ Węglowy 6, 80-83 Gdańsk** uzasadnione koszty Zamawiającego stanowiące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 599 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) zgodnie z fakturą przedłożoną do akt sprawy.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Wykonanie robót budowlanych polegających na przebudowie i remoncie budynków Akademii Sztuk Pięknych w Gdańsku, wraz z dostawą wyposażenia*”, zostało wszczęte przez Akademię Sztuk Pięknych w Gdańsku, zwaną dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 19 lutego 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. Zamawiający przekazał to ogłoszenie w tym samym dniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 38-055312 z dnia 24 lutego 2010 r.).

W dniu 29 kwietnia 2010 r. Wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o., zwany dalej Odwołującym, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz od zaniechania wykluczenia Wykonawcy: Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę w odwołaniu Zamawiający naruszył przepisy art. 7, art. 24 ust.2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Odwołujący żądał powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o., wykluczenia tegoż wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty, a następnie dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z pośród pozostałych ofert.

Odwołujący podnosił w uzasadnieniu odwołania, iż Zamawiający w § 5 ust. 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wymagał, aby w sytuacji, gdy Wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu lub osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, przedstawił on dokumenty, o których mowa w § 5

ust. 3 SIWZ, w odniesieniu do tych podmiotów, jeżeli podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia. Wskazał również, że Zamawiający potwierdził takie brzmienie tegoż zapisu SIWZ w piśmie z dnia 17 marca 2010 r. w odpowiedzi oznaczonej numerem 19.2.

Odnosząc się do oferty złożonej przez Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. Odwołujący wskazywał, iż załączniku nr 4 do SIWZ w pozycjach 2, 3, 5 i 6 Wykonawca ten wskazał, że w drodze udostępnienia przez inny podmiot, będzie dysponował odpowiednio następującymi osobami (numeracja odpowiadająca oryginalnej z załącznika):

2. wskazanym jako kierownik robót przy zabytkach - Mieczysławem H
3. wskazanym jako kierownik robót w branży elektrycznej - Januszem M
5. wskazanym jako kierownik robót w branży teletechnicznej - Lechem K
6. wskazaną jako osoba prowadząca prace konserwatorskie - Małgorzatą S

załączając ponadto do oferty deklaracje podpisane osobiście przez te osoby.

Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o, w opinii Odwołującego, winna załączyć do oferty ponadto dokumenty, o których mowa w § 5 ust. 4 SIWZ. Podnosi on, że Wykonawca ten nie wypełnił tegoż obowiązku.

Odwołujący podkreślał, że Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości sporządzenia przez ww. Wykonawcę oferty i pismem z dnia 13 kwietnia 2010 roku wezwał go, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i wyjaśnienie, w związku z oświadczeniem o udostępnieniu ww. osób przez inny podmiot, czy podmioty udostępniające te osoby będą brały udział w realizacji części zamówienia. Dalej Odwołujący wskazywał, że w odpowiedzi na powołane pismo Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. pismem z dnia 15 kwietnia 2010 roku wskazała, iż osoby te pełnią samodzielne funkcje w budownictwie oraz zobowiązały się jako odrębne podmioty do udostępnienia swojej wiedzy i doświadczenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący podnosił, iż z uwagi na okoliczność wskazania w wyjaśnieniach z dnia 15 kwietnia 2010 r., iż osoby te zobowiązały się do udostępnienia, jako odrębne podmioty, swojej wiedzy i doświadczenia przy realizacji przedmiotowego zamówienia, oczywistym, w opinii Odwołującego, wydaje się, że Wykonawca ten winien przedłożyć wraz z ofertą dokumenty określone w SIWZ, a dotyczące tych osób.

Odwołujący wskazał ponadto, iż zgodnie z treścią powołanych wyjaśnień osoby te nie są udostępniane przez inne podmioty mogące być podwykonawcami i że w konsekwencji będą one realizować roboty w imieniu i na rzecz Korporacji Budowlanej „DORACO” Spółka z o.o.. Podnosi on, że w piśmie tym nie wskazano na jakiej podstawie ( np. umowa o pracę, umowa cywilno-prawna) Wykonawca ten będzie dysponować tymiż osobami. Wskazuje, iż nie został zmieniony – co jest istotne w opinii Odwołującego – przedstawiony wraz z ofertą Załącznika nr 4 do SIWZ - „WYKAZ OSÓB KTÓRE BĘDĄ UCZESTNICZYĆ W WYKONYWANIU ZAMÓWIENIA”. Odwołujący podnosił, iż powoduje to sprzeczność pomiędzy treścią powołanych wyjaśnień, a treścią złożonego wraz z ofertą załącznika nr 4, gdzie wyraźnie wskazano, że osobami tymi, Wykonawca będzie dysponował w drodze udostępnienia przez inny podmiot.

Wątpliwości w tym zakresie wzmagała, w opinii Odwołującego, nadto okoliczność, iż z informacji pozyskanych przez Odwołującego wynikało, iż część wskazanych przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. osób prowadzi działalność, jako odrębne podmioty gospodarcze, a Wykonawca w formularzu ofertowym w poz. 5 złożył oświadczenie, iż wszystkie roboty zamierza zlecić podwykonawcom.

Odwołujący wskazywał, iż z powyższego wynika jednoznacznie, że Wykonawca ten nie złożył wymaganych przez Zamawiającego w § 5 ust. 4 SIWZ, do czego, w jego opinii, był zobowiązany, tym samym powinien on zostać wykluczony z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosił, iż Zamawiający zaniechał wszczęcia postępowania wyjaśniającego w zakresie rażąco niskiej ceny uregulowanego w art. 90 ustawy Pzp, a w konsekwencji czego zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4) ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, iż Korporacja Budowlana „DORACO” Spółka z o.o. zaoferowała wykonanie zamówienia publicznego za cenę 19 300 000 ,00 PLN. Kwota ta jest niższa od drugiej zaoferowanej w postępowaniu ceny (oferta Odwołującego - 21 289 000,00 PLN) o ok. 10,31 %. Najwyższa z zaoferowanych w postępowaniu cen przewyższa tę cenę aż o 54 %. Od średniej cen pozostałych ofert (23 310 554,00 PLN) cena ta jest niższa o ok. 17,3 %, co przy zakresie robót określonych przez Zamawiającego do wykonania stanowi, zdaniem Odwołującego, znaczną różnicę. Podnosił on dalej, że cena ta jest niższa o przeszło 33 % od środków przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia.

Odwołujący, uwzględniając powyższe oraz uwzględniając okoliczność, iż przedmiot umowy obejmuje kosztowne roboty, w tym instalacyjne i konserwatorskie oraz dostawę wyposażenia, wskazał, iż w jego opinii cena kwestionowanej przez niego oferty powinna zostać uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W opinii Odwołującego działania Zamawiającego podjęte w spornym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechania przez niego innych działań, którym Odwołujący zarzucał naruszenie powołanych powyżej przepisów, stanowi także naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W toku rozprawy Odwołujący, uzupełniając powyższą argumentację odnoszącą się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, wskazał, iż decydującym w tym przypadku jest rozstrzygnięcie o bezpośrednim lub pośrednim charakterze dysponowania przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. osobami wskazanymi w załączniku nr 4. Podnosił, iż w przypadku bezpośredniego dysponowania Zamawiający wymagał jednoznacznego wskazania czy osoba wskazana jest pracownikiem czy też zawarto z nim umowę cywilno – prawną.

Podnosił on również, że Korporacja Budowlana „DORACO” Spółka z o.o. nie przystąpiła do postępowania odwoławczego, a zatem pozbawiło się możliwości ustosunkowania się do zarzutów podniesionych w odwołaniu. W jego ocenie wskazywało to na milczące potwierdzenie słuszności tych zarzutów.

Zamawiający przed otwarciem rozprawy nie wniósł odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie podnosił, iż odwołanie powinno zostać oddalone.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp wskazał, iż zgodnie z § 5 ust. 4 SIWZ dla wymagania od wykonawców dodatkowych dokumentów konieczne było wypełnienie dwóch warunków: po pierwsze – wykonawca musiał polegać na osobach udostępnionych przez inny podmiot, po drugie – inny podmiot musiał brać udział w realizacji zamówienia. Wskazał on, iż Korporacja Budowlana „DORACO” Spółka z o.o. do oferty załączyła deklaracje dyspozycyjności, z których wynika, że osoby wskazane w załączniku nr 4 zobowiązały się osobiście do pełnienia funkcji przypisanych im w wykazie

osób, a tym samym wykonawca dysponował nimi będzie w sposób bezpośredni. Zamawiający wyjaśnił, że na etapie badania ofert nie stwierdził podstaw do uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokumentów odnoszących się do tych osób, a powziął jedynie wątpliwości co do treści tych dokumentów. Dlatego też skierował wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Podnosił, iż z treści złożonych wyjaśnień wynika, iż Wykonawca będzie dysponował bezpośrednio tymi osobami, a nie poprzez podwykonawców. Wobec czego nie miał on obowiązku uzupełniania dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 4 SIWZ.

Podnosił również, iż wskazana w zał. nr 4 pod tabelą umowa cywilno – prawna lub umowa o pracę jest jedynie wskazaniem przykładowym, co potwierdza użycie skrótu „np.”. Podnosił, iż z deklaracji dyspozycyjności wynika jednoznaczne zobowiązanie tych osób do pełnienia funkcji im przypisanych. Wskazywał również, iż fakt prowadzenia działalności gospodarczej przez niektóre z tych osób nie ma znaczenia dla oceny charakteru dysponowania przez wykonawcę tymi osobami.

Odnosząc się do zarzutu rażąco niskiej ceny, Zamawiający wskazywał, iż pierwotnie ustalona wartość zamówienia (23 700 000 zł netto) została przez niego zweryfikowana już po otwarciu ofert i ustalona ostatecznie na kwotę 23 396 414,75 zł netto. Odnosząc się do tej kwoty Zamawiający wskazywał, iż została ona ustalona w oparciu o cenniki SEKOCENBUD- u , o których powszechnie wiadomo, iż zawierają one ceny zawyżone, znacznie odbiegające od stawek rynkowych. Zamawiający wskazywał, iż w postępowaniu złożono dziewięć ofert, w tym osiem o cenach zbliżonych do siebie. Tylko jedna cena została określona na poziomie zbliżonym do wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT. Zamawiający na tej podstawie doszedł do przekonania, iż przeszacował wartość zamówienia. Z porównania z ofertami złożonymi w postępowaniu nie wynikało, w jego ocenie, iż powinien powziąć wątpliwości co do wysokości ceny zaoferowanej przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. Z uwagi na skalę zamówienia, w ocenie Zamawiającego, różnica ceny tej oferty w odniesieniu do pozostałych ofert nie jest rażąca oraz nierealistyczna. Zamawiający wskazał ponadto, iż z uwagi na zbliżoną wysokość zaoferowanych w postępowaniu cen uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego spowodowałoby to, iż musiałyby wystąpić z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. do prawie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, i to w sytuacji, gdy wysokość zaoferowanych przez nich cen nie wskazuje w sposób oczywisty na istnienie granicy kwotowej, powyżej której zamawiający nie byłby zobowiązany do skierowania takiego wezwania. Zamawiający podnosi ponadto, iż sama wartość szacunkowa nie może

być podstawą do stwierdzenia, iż oferta złożona przez wykonawcę zawiera rażąco niską cenę. Podnosił także, iż samo powzięcie wątpliwości, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, nie stanowi podstawy do automatycznego odrzucenia oferty.

Zamawiający podnosił, iż różnica pomiędzy ceną zaofferowaną przez Odwołującego, a ceną przez niego kwestionowaną to około 9%. Ta wartość, jak również wartość 15% (różnica pomiędzy ceną kwestionowaną, a średnią wartością wszystkich ofert złożonych w postępowaniu), jest w opinii Zamawiającego różnicą dopuszczalną w granicach normalnej konkurencji rynkowej. Zamawiający podkreślił, iż sam Odwołujący wskazał, iż wartość ofert na poziomie około 21 000 000 zł jest wartością rynkową.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron, zaprezentowanych w odwołaniu, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania



ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp oraz stwierdzenie wypełnienia przesłanki interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określonej w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, a w szczególności: SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ z dnia 17 marca 2010 r., ofertę złożoną przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o., wezwanie z dnia 13 kwietnia 2010 r. Korporacji Budowlanej „DORACO” Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień oraz złożone w odpowiedzi na nie wyjaśnienia z dnia 15 kwietnia 2010 r., pismo zawierające informację o wynikach postępowania z dnia 19 kwietnia 2010 r., treść odwołania oraz protokół postępowania ZP-1.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba kolejno rozpoznała i rozstrzygnęła o zasadności zarzutów podnoszonych przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EBUD – Przemysłówka Sp. z o.o.

Zarzuty odnoszące się do zaniechania czynności wykluczenia z postępowania Korporacji Budowlanej „DORACO” Spółka z o.o., jako wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na celu rozstrzygnięcie o ww. zarzutach, w pierwszej kolejności Izba dokonała analizy złożonych przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. wraz z ofertą: „Wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia” sporządzonego na formularzu stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ oraz deklaracji dyspozycyjności, a także treści wezwania z dnia 13 kwietnia 2010 r. Korporacji Budowlanej „DORACO” Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień oraz złożonych w odpowiedzi na nie wyjaśnień z dnia 15 kwietnia 2010 r.

W wyniku powołanej analizy, Izba uznała, iż uzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego, iż Korporacja Budowlana „DORACO” Spółka z o.o. wyjaśniła ostatecznie, iż będzie kwestionowanymi przez Odwołującego osobami, dysponować bezpośrednio, a nie poprzez podwykonawców – inne podmioty, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Fakt ten przyznał również w treści odwołania sam Odwołujący, opierając swoje zarzuty jedynie na użytym w powołanym *Wykazie osób*, wyrażeniu „*będę dysponował – udostępnienie przez inny podmiot*”.

Argumenty te nie mogły znaleźć w ocenie Izby uznania. Izba uznała, że Zamawiający dochował należytej staranności w swym działaniu, i wobec powzięcia wątpliwości, co do treści oświadczenia Wykonawcy zawartego w *Wykazie osób* wezwał go do złożenia wyjaśnień. Wobec jednoznacznej treści złożonych wyjaśnień (*Osoby te nie są udostępniane przez inne podmioty, mogące być podwykonawcami. W konsekwencji też osoby te będą realizować roboty w imieniu i na rzecz Korporacji Budowlanej „DORACO” Spółka z o.o a nie jako podwykonawcy*) Zamawiający, w ocenie Izby nie miał obowiązku wzywania tegoż Wykonawcy do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp *Wykazu osób*, czego domagał się Odwołujący. Podnoszona przez Odwołującego sprzeczność pomiędzy treścią oświadczenia Wykonawcy zawartego w *Wykazie osób*, a treścią *Deklaracji dyspozycyjności* oraz wyjaśnień Wykonawcy z dnia 15 kwietnia 2010 r. rodząca wątpliwości, co do rzeczywistego charakteru dysponowania wskazanymi w tym wykazie osobami, została w ocenie Izby dostatecznie wyjaśniona przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. Dlatego też, w ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, iż w świetle powołanych dokumentów oczywistym jest, iż Korporacja Budowlana „DORACO” Spółka z o.o dysponuje tymi osobami w sposób bezpośredni, bez udziału i pośrednictwa innych podmiotów. W ocenie Izby na treść ocenianych oświadczeń Wykonawcy, nie ma wpływu, podnoszona przez Odwołującego, okoliczność prowadzenia przez niektóre ze wskazanych przez Wykonawcę osób działalności gospodarczej.

Dlatego też nie znalazło uznania w ocenie Izby twierdzenie Odwołującego, o zaniechaniu złożenia przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. dokumentów, o których mowa w § 5 ust. 4 SIWZ. Izba uznała, iż wobec faktu, iż wskazanymi w *Wykazie osób* osobami Wykonawca ten *de facto* dysponuje w sposób bezpośredni, przy czym nie ma znaczenia podstawa prawna dysponowania nimi, Zamawiający nie miałby co do niego uprawnienia do żądania wskazanych w § 5 ust. 4 SIWZ dokumentów.

Aby obowiązek złożenia tych dokumentów mógł zostać nałożony na Wykonawcę, zgodnie z § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów, z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 226 poz. 1817) koniecznym byłoby, aby osoby zdolne do wykonania zamówienia udostępnił Wykonawcy inny podmiot, i aby ten inny podmiot brał udział w realizacji części zamówienia. Jak już wskazano powyżej w niniejszej sprawie Izba uznała, iż Korporacja Budowlana „DORACO” Spółka z o.o. dysponuje kwestionowanymi przez Odwołującego osobami w sposób bezpośredni.

Wobec powyższego Izba uznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty za bezzasadne.

Zarzuty odnoszące się do zaniechania czynności wszczęcia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba, po dokonaniu analizy wysokości cen zawartych w ofertach złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie, wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie uznała, iż oferta złożona przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. nie zawiera rażąco niskiej ceny, a odniesienie jest do średniej wartości wszystkich cen złożonych w postępowaniu (22 864 936,54 PLN – kwestionowana cena stanowi 84,41% tej wartości) lub do ceny zaoferowanej przez Odwołującego (21 289 000,00 PLN - kwestionowana cena stanowi 90,66% tej wartości), uzasadnia, w ocenie Izby, twierdzenie, iż ustalone w ten sposób różnice, są dopuszczalne w granicach normalnej konkurencji rynkowej.

Izba uznała za słuszne podnoszone przez Zamawiającego argumenty, iż z uwagi na skalę zamówienia, różnica ceny kwestionowanej oferty w odniesieniu do pozostałych ofert nie jest rażąca oraz nierealistyczna, a także fakt, iż z uwagi na zbliżoną wysokość zaoferowanych w postępowaniu cen uznanie zarzutów podnoszonych przez Odwołującego spowodowałoby to, iż Zamawiający musiałby wystąpić z wezwaniem do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp do prawie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, i to w sytuacji, gdy wysokość zaoferowanych przez nich cen nie wskazuje w sposób

oczywisty na istnienie granicy kwotowej, powyżej której zamawiający nie byłby zobowiązany do skierowania takiego wezwania. W ocenie Izby w rozstrzyganym przypadku, to właśnie wartość ofert złożonych w postępowaniu miała decydujące znaczenie przy rozstrzygnięciu kwestii rażąco niskiej ceny, szczególnie w przypadku, że sam Zamawiający przyznał, iż przeszacował szacunkową wartość zamówienia, a tym samym ustalił swój budżet na zbyt wysokim poziomie. Uwzględniając tę wartość oraz odnosząc do niej cenę zaoferowaną przez Korporację Budowlaną „DORACO” Spółka z o.o. Izba uznała, iż cena ta nie jest rażąco niska.

Wobec powyższego Izba uznała podnoszone przez Odwołującego zarzuty za bezzasadne.

Odwołujący wskazywał ponadto, iż wskazane powyżej działania Zamawiającego, którym to zarzucał naruszenie przepisów ustawy Pzp, a co do których Izba wypowiedziała się powyżej, stanowiły jednocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W świetle dokonanych ustaleń Izba uznała, iż zarzucane Zamawiającemu naruszenie powołanego przepisu nie znalazło oparcia w ustalonym stanie faktycznym.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które miały wpływ lub mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 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).

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....