

Sygn. akt: KIO/624/11

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2011 r. przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Zemborzycka 53, 20-445 Lublin i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa, ul. St. Leszczyńskiego 14/1, 20-069 Lublin** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lubin**

przy udziale Wykonawcy: **Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Zemborzycka 53, 20-445 Lublin i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa, ul. St. Leszczyńskiego 14/1, 20-069 Lublin i:**

2.1 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Zemborzycka 53, 20-445 Lublin i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa, ul. St. Leszczyńskiego 14/1, 20-069 Lublin** oraz uzasadnione koszty **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lubin** obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

2.2 zasądza od **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., ul. Zemborzycka 53, 20-445 Lublin i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa, ul. St. Leszczyńskiego 14/1, 20-069 Lublin** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., al. J. Piłsudskiego 15, 20-407 Lubin** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą uzasadnione koszty Zamawiającego stanowiące wynagrodzenie 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 113, poz. 759 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 Lublinie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Wykonanie robót budowlanych wg standardów Warunków Kontraktowych FIDIC („czerwona książka”), dla kontraktu nr 9B - <<Przebudowa sieci wod.- kan. Śródmieście II w Lublinie>> w ramach projektu <<Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie>>” zostało wszczęte przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o., zwaną dalej Zamawiającym.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 207-315966) w dniu 23 października 2010 r.

W dniu 15 marca 2011 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 24 marca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa, zwanych dalej łącznie Odwołującym.

W dniu 28 marca 2011 r. Wykonawca: Mota-Engil Central Europe S.A. doręczył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, a także oświadczenia i argumentację stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowane w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Stanowisko Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa:

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Wykonawcę: Mota-Engil Central Europe S.A. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego stanowiło naruszenie:

1. przepisu art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp poprzez prowadzenie postępowania i dokonanie oceny oferty złożonej przez Odwołującego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, w szczególności poprzez wskazanie w wezwaniu z dnia 10 lutego 2011 r., że załączony do oferty Odwołującego wykaz doświadczenia Eksperta 2 Kierownika Budowy nie zawiera długości nadzorowanych przez niego sieci, a następnie wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na zakwestionowanie okresu doświadczenia posiadanego przez kandydata na stanowisko Kierownika Budowy,
2. przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego pomimo braku prawidłowego wezwania Odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a to poprzez niewskazanie w wezwaniu z dnia 10 lutego 2011 r., że w ocenie Zamawiającego osoba zaproponowana na stanowisko Eksperta 2 Kierownika Budowy nie posiada co najmniej 5 letniego doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy z zakresu budowy sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej zlokalizowanej w granicach miasta,
3. przepisu art. 38 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie zmiany opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego Eksperta 2 - Kierownika Budowy polegające na nieuprawnionej zmianie sposobu obliczania okresu doświadczenia zawodowego Eksperta z lat na miesiące,

4. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na skutek nieprawidłowego przyjęcia, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,
5. przepisu art. 90 ust. 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie nieprawidłowej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego,
6. przepisu art. 90 ust. 3 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego na skutek nieprawidłowej oceny złożonych przez niego wyjaśnień w kwestii wysokości ceny, ponieważ dołączone wyjaśnienia i dowody nie potwierdzały, że oferta zawiera rażąco niską cenę,
7. przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie kryterium oceny oferty zawartej w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) polegające na wyborze oferty Mota - Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie i nie dokonanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, uzasadniało wniesione przez niego odwołanie.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty, czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Stanowisko Zamawiającego – Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Lublinie Sp. z o.o.:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego, twierdził, że w jego ocenie zarzuty przez niego podnoszone są bezzasadne.

Twierdził on, iż dokonując poszczególnych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia przestrzegał przy tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Podnosił, iż w jego ocenie wezwanie do uzupełnienia dokumentów było jasne i precyzyjne w swej treści, Odwołujący zaś nie uzupełnił prawidłowy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło podstawę do jego wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Wykazywał ponadto, iż jego wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny znajdowało swe uzasadnienie w znacznej różnicy wysokości ceny zaoferowanej przez Odwołującego, a wartością szacunkową zamówienia, a także średnią ceną wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. Oświadczył, iż w jego ocenie wyjaśnień Odwołującego nie mógł on uznać za wystarczające dla uznania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Taka ocena powołanych wyjaśnień stanowiła podstawę do odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Podkreślał jednocześnie, iż wyboru oferty najkorzystniejszej mógł on dokonać spośród tych ofert, które nie podlegały odrzuceniu i zostały złożone przez Wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Stanowisko Przystępującego – Mota-Engil Central Europe S.A.:

Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w sprawie odwołania wniesionego przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o., i Jana Pastwę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacji Przemysłowych i Sanitarnych Jan Pastwa w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz na rozprawie przed Izbą.

Przystępujący popierał w całości stanowisko Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, a także oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego zaprezentowanych w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie, dopuścić potwierdzoną za zgodność z oryginałem dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego w niniejszej sprawie oraz w sprawie o sygn. akt KIO/586/11. Izba uwzględniła ponadto, jako materiał dowodowy, protokół z rozprawy przed Izbą w sprawie o sygn. KIO/586/11, a także następujące dokumenty przedłożone przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu w toku rozprawy przed Izbą:

- ofertę cenową 2010/189 z 3 grudnia 2010 r. (3 strony),
- ofertę sprzedaży 762/11/2010 (2 strony),
- ofertę sprzedaży 763/11/2010 (2 strony),
- ofertę sprzedaży 777/11/2010 (4 strony),
- uzupełnione przez firmę oferującą materiały zapytanie o cenę materiałów z dnia 29 listopada 2010 r. zawarte na czterech stronach wraz z dwoma stronami załączników

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

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, iż Zamawiający w pkt. 9.1.3.a) SIWZ wymagał, aby Wykonawcy wykazali się dysponowaniem osobą mającą pełnić rolę kierownika budowy (Ekspert 2), która powinna posiadać co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego (licząc do dnia składania ofert) w pełnieniu funkcji kierownika budowy z zakresu budowy sieci kanalizacji sanitarnej i sieci wodociągowej zlokalizowanej w granicach administracyjnych miasta, o łącznej długości minimum 3,5 km.

Odwołujący wraz z ofertą przedłożył wymagane zgodnie z pkt 10.1.3 SIWZ uzupełnione załączniki nr 3 i 4 do SIWZ: *Wykaz osób, którymi dysponuje lub będzie dysponował Wykonawca i które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz Informacje na temat kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania czynności przez te osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.*

Zamawiający badając ofertę złożoną przez Odwołującego uznał m.in., iż nie złożył on w sposób prawidłowy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołujący w odpowiedzi na skierowane do niego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedłożył Zamawiającemu nowe dokumenty odnoszące się do 3 osób wskazanych przez Zamawiającego w powołanym wezwaniu.

Niezależnie od powyższego Izba ustaliła, iż ustalona przez Zamawiającego wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia powiększona o wartość podatku VAT stanowiła kwotę 18 599 716,20 PLN. Cena oferty Odwołującego określona na kwotę 10 150 648,85 PLN, stanowiła 55% tej wartości. Cena ta była również niższa od średniej cen wszystkich ofert, która po poprawieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia omyłek stanowiła równowartość kwoty 12 339 965,65 PLN i stanowiła 82,26 % tej średniej.

Zamawiający mając na uwadze te ustalenia wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Odwołujący w dniu 22 lutego 2011 r. wraz z uzupełnionymi dokumentami przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny.

Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie uzupełnił w sposób prawidłowy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a ponadto wyjaśnienia przez niego złożone potwierdzają, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba uznała, iż w rozstrzyganym przypadku zarzuty podnoszone przez Odwołującego nie znajdują oparcia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym i prawnym.

W uznaniu Izby nie może znaleźć uznania argumentacja Odwołującego odnosząca się do kwestii prawidłowości wezwania tegoż Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Izba uznała bowiem, iż treść wezwania nie powinna rodzić wątpliwości po stronie profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego. W zakresie powołanego warunku odnosiło się ono do trzech, wskazanych przez Odwołującego w dokumentach złożonych wraz ofertą, osób i w przypadku każdej z tych trzech osób, Zamawiający wskazywał, iż złożony przez Odwołującego wykaz nie potwierdza, że osoba ta nie spełnia, odpowiadającego zakresowi jej odpowiedzialności i obowiązków, warunku. W odniesieniu do każdej z tych trzech osób Zamawiający zastosował taką samą konstrukcję – stwierdził, iż nie wykazano, że osoby te posiadają wymagane przywoływanymi postanowieniami SIWZ odpowiednie doświadczenie zawodowe. Odwołujący czyni z tego zarzut Zamawiającemu, jednak skrętnie pomija w odwołaniu fakt, iż w odniesieniu do dwóch z tych trzech osób uzupełnił żądane dokumenty prawidłowo. Na ocenę treści wezwania do uzupełnienia dokumentów, w ocenie Izby nie może mieć wpływu zamieszczony w przypadku pierwszej z osób, do których do wezwania się odnosi, dopisek w nawiasie. Zasadnie, w ocenie Izby, wskazuje Zamawiający, iż z treści zdania „*w załączonym wykazie nie podano przy tym długości nadzorowanych sieci*”, jak i sposobu jego ujęcia w wezwaniu – zamknięcie w nawiasie, tuż po treści, określającej stwierdzone w złożonych dokumentach odnoszących się do tej osoby braki, wynika jednoznacznie, iż jest to uwaga dodatkowa, poczyniona na marginesie. Izba uznała, iż z przywołanej treści oraz formy wynika, iż Zamawiający chciał zasygnalizować Wykonawcy, że nie wystarczy samo wykazanie się odpowiednim okresem doświadczenia zawodowego, o ile dokumenty odnoszące się do tej osoby nie zostaną uzupełnione przy tym o dodatkowe informacje o długości nadzorowanych przez tę osobę sieci.

Jeśli jednak, jak twierdził Odwołujący w toku rozprawy, zrodziła się po jego stronie niepewność, co do rzeczywistej treści wezwania, powinien był on zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści wezwania lub też skorzystać ze środków ochrony prawnej celem podważenia prawidłowości wezwania, którego treść była dla niego niezrozumiała. Odwołujący jednak tego nie uczynił. Podnoszenie tych wątpliwości dopiero na etapie kwestionowania czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu, jest w ocenie Izby działaniem spóźnionym. Jak sam Odwołujący przyznał, treść wezwania spowodowała po jego stronie niepewność. Nie dążył on jednak do jej rozwiania w wyniku kontaktu z Zamawiającym, a dokonał samodzielnej interpretacji tegoż wezwania. Jako podmiot profesjonalnie działający na rynku gospodarczym, musiał mieć świadomość, iż dokonania przez niego wykładnia treści wezwania może opierać się na błędnych przesłankach. Znane mu też musiały być konsekwencje nieuzupełnienia dokumentów w sposób prawidłowy określone przepisami ustawy Pzp. Mimo to, nie skierował do Zamawiającego żadnego

pytania w tym zakresie, ani też nie wniósł odwołania wobec nieprecyzyjnej treści wezwania o uzupełnienie dokumentów. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż kwestionowanie przez Odwołującego treści wezwania na obecnym etapie postępowania, w zaistniałych okolicznościach tej konkretnej sprawy, jest formułowaniem zarzutów po terminie i jako takie nie może być przez Izbę rozpatrywane.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż z zarzutów odnoszących się do oceny spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jest uprawniona do rozpoznania jedynie zarzutów błędnej oceny przez Zamawiającego uzupełnionych dokumentów, a w konsekwencji wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stoi na stanowisku, iż z treści „powinien posiadać co najmniej 5 lat doświadczenia zawodowego” nie można wywieść w sposób uzasadniony twierdzeń sformułowanych przez Odwołującego. Wykazuje on w odwołaniu, iż osoba, której ocenę okresu doświadczenia zawodowego dokonał przez Zamawiającego kwestionuje, ma 7 lat doświadczenia, należy bowiem uwzględniać każdy rok kalendarzowy, w którym osoba ta przepracowała choćby dwa tygodnie (jak miało to miejsce w roku 1999). Zamawiający nie oczekiwał jednak, aby Wykonawcy wykazali, iż w osoby przez niego wskazane posiadają doświadczenie zawodowe nabywane w pięciu kolejnych latach, lub też aby Wykonawcy wskazali pięć różnych lat, w których mogą oni wykazać, iż osoby te nabywały, choćby przez okres dwóch tygodni odpowiednie doświadczenie zawodowe. W ocenie Izby, z treści warunku dookreślonego w pkt 9.1.3.a SIWZ wynika, iż Wykonawca jest zobowiązany wskazać osobę, która legitymuje się co najmniej pięcioletnim doświadczeniem zawodowym. Zwrot co najmniej oznacza niezbitcie, iż wykazywany okres doświadczenia zawodowego musi być przynajmniej równy okresowi pięciu lat, a na pewno nie może być od niego krótszy. Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie powołanego warunku przez Odwołującego. Zasadnie również przyjął, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjmowania ciągłości okresu doświadczenia, bez odliczania przerw między realizacją poszczególnych zadań, a także, iż brak jest podstaw do wliczania po wielokroć tego samego okresu czasu w przypadku, gdy osoba ta pełniła obowiązki objęte warunkiem u różnych pracodawców. Okresu doświadczenia zawodowego, podobnie jak stażu pracy, nie można bowiem liczyć poprzez dodawanie do siebie nakładających się na siebie okresów jego nabywania. W kontekście zapisów SIWZ, istotny w ocenie Izby w rozpatrywanym przypadku jest rzeczywisty, kalendarzowy czas nabywania doświadczenia zawodowego. Twierdzenia te znajdują odzwierciedlenie w treści wzorów formularzy służących wykazaniu

tegoż doświadczenia (załączniki nr 3 i 4 do SIWZ), gdzie Zamawiający żądał wskazania dat dziennych przy wykazywaniu okresów nabywania pożądanego doświadczenia zawodowego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, iż Zamawiający prawidłowo ocenił spełnianie przez Odwołującego powoływanego warunku udziału w postępowaniu. Nie zmienił on też przy tym, co zarzucał mu Odwołujący, sposobu oceny spełniania tegoż warunku. Wobec ustalonego przez Zamawiającego rzeczywistego okresu doświadczenia wykazywanej przez Odwołującego osoby, nieistotne, w ocenie Izby, jest ustalenie, czy Zamawiający wymagany okres pięciu lat przeliczał na miesiące, tygodnie czy też dni. Nawet jeśliby przyjąć, że mogłoby mieć to wpływ na ustalenie tego rzeczywistego okresu doświadczenia, to ustalony przez Zamawiającego okres 50 miesięcy, tj. 4 lat i 2 miesiące, nie ociera się nawet o wielkość mieszczącą się w granicach błędu spowodowanego różnym sposobem ustalania pożądanego okresu doświadczenia.

Niedopuszczalnym jest ponadto uzupełnianie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w trakcie postępowania odwoławczego. W świetle przepisów prawa uzupełnione one być powinny w terminie określonym przez Zamawiającego zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niezłożenie ich w tym terminie rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek wykluczenia Wykonawcy. Dlatego też Izba nie mogła uwzględnić przy rozpatrywaniu zasadności zarzutów referencji potwierdzających szerszy, aniżeli w dokumentach przedstawionych Zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia, okres doświadczenia zawodowego.

Uwzględniając powyższe ustalenia i ich ocenę, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający w sposób nieprawidłowy i naruszający przepisy ustawy wykluczył go z udziału w postępowaniu. Dlatego też Izba stanęła na stanowisku, iż zarzuty podnoszone przez Odwołującego w tym zakresie nie znalazły potwierdzenia w rozpatrywanej sprawie.

Odnosząc się do zarzutów zmierzających do podważenia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, oceny tych wyjaśnień, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, Izba uznała, iż zarzuty nieprawidłowego, a nawet nieuprawnionego, wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp wynikające z kwestionowania przez Odwołującego zbyt ogólnej jego zdaniem treści tegoż wezwania, czy też podnoszonej dopiero w toku rozprawy przed Izbą nieprawidłowości ustalenia przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia, są zarzutami podniesionymi po terminie. Tym samym nie mogą być rozpatrywane przez Izbę. Izba ustaliła,

iż Odwołujący otrzymał powołane wezwanie w dniu 10 lutego 2011 r. i w odpowiednim terminie nie zaskarżył czynności wezwania go do złożenia wyjaśnień, w szczególności jej zbyt ogólnikowej treści, czy też zasadności w kontekście prawidłowości ustalenia wartości szacunkowej zamówienia. Wprost przeciwnie odpowiedział na to wezwanie, *de facto* uznając w sposób dorozumiany wezwanie Zamawiającego jako uzasadnione. Tym samym, w ocenie Izby, zaakceptował fakt, iż Zamawiający powziął wątpliwości co do wysokości zaoferowanej przez niego ceny. Dlatego też Odwołujący na obecnym etapie postępowania nie posiadał legitymacji do kwestionowania prawidłowości wezwania go w trybie art. 90 ustawy Pzp do złożenia odpowiednich wyjaśnień.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż jest ona władna rozpoznać jedynie zarzuty odnoszące się do niewłaściwej oceny złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na cenę oferty, nieuznaniu tych wyjaśnień i w wyniku tego odrzucenia jego oferty.

Izba podzieliła w tym zakresie pogląd wyrażony przez Zamawiającego, iż to na Wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp, jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak, aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca, składając wyjaśnienia na okoliczność kalkulacji ceny oferty, powinien również wykazać, że wskazana cena została ustalona zgodnie z prawem, na podstawie obiektywnych czynników, bez naruszania zasad uczciwej konkurencji. Natomiast Zamawiający, działając na podstawie art. 90 pkt. 2 ustawy, zobowiązany jest we właściwy sposób ocenić złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia.

W rozpatrywanym przypadku Odwołujący nie przedstawił wyczerpująco sposobu zgodnie, z którym dokonano kalkulacji elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wskazać należy, że aby uzasadnić możliwość zaproponowania niskich cen jednostkowych trzeba wskazać obiektywne czynniki umożliwiające zaoferowanie takich niskich cen. Jako profesjonalny podmiot, Odwołujący powinien posiadać wiedzę o tym, co powinny zawierać wyjaśnienia, aby Zamawiający mógł uznać je za prawidłowo sporządzone. Nie wykazał on jednak w sposób niebudzący wątpliwości, iż znajduje się on w jakiejś szczególnej sytuacji odróżniającej go w sposób wyraźny od innych występujących odpowiednio długo na rynku. Zasadnie wskazywał Zamawiający, iż na etapie wyjaśnień, Odwołujący nie wykazał szczególnie korzystnych cen oferowanych mu przez jego dostawców. Powołał się on na cenniki mu zaoferowane, nie przedłożył ich jednak Zamawiającemu. Składanie ich Izbie w toku rozprawy jest działaniem spóźnionym, stąd też nie mogą one zostać uwzględnione jako argument przemawiający za słusnością

twierdzeń Odwołującego. Analogiczna ocena musi zostać dokonana przez Izbę w odniesieniu do wyjaśnień w zakresie cen sprzętu własnego – tu także nie przedstawiono żadnych wyliczeń, ograniczając się jedynie do stwierdzenia „wg cenników własnych Lidera i Członka Konsorcjum”. Odwołujący nie wykazał również w sposób niepozostawiający wątpliwości, jaki rzeczywisty wpływ na cenę miały przywoływane przez niego okoliczność zawarcia porozumienia z dostawcami piasku. Treść zawarta w protokole rozprawy przeprowadzonej w sprawie KIO/586/11 w odniesieniu do znaczenia dla wartości ceny kosztów cen piasku oraz wywozu odpadów z placu budowy spotkać się musiała z taką samą oceną Izby, z jaką spotkały się przedłożone przez Odwołującego cenniki materiałów przedłożone przez niego w toku rozprawy.

W złożonych przez siebie wyjaśnieniach Odwołujący przywołuje kosztorys szczegółowy, w oparciu o który dokonał wyceny złożonej przez siebie oferty. Nie przedłożył on jednak tej szczegółowej kalkulacji Zamawiającemu. Jak oświadczył w toku rozprawy przed Izbą Odwołujący przedłożony wraz z ofertą kosztorys zawarty na stronie od 70 do 113 jest jedynym dokumentem przedstawiającym kalkulację ceny, jaki otrzymał Zamawiający. Dokument ten jest kosztorysem uproszczonym, zagregowanym, tym samym nie przedstawia kalkulacji poszczególnych pozycji – Zamawiający nie mógł powziąć na jego podstawie informacji, jakie nakłady do wykonania poszczególnych pozycji przyjął Wykonawca. Nie można na jego podstawie odnieść się do poszczególnych elementów kształtujących cenę oferty Odwołującego. Samo podanie w z złożonych wyjaśnieniach cen, do tego nie wszystkich, przyjętych przez Wykonawcę nakładów nie może zostać uznane za wystarczające wskazanie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Słusznie wskazywał także Zamawiający, iż Odwołujący na etapie odwołania próbował uzupełnić i poszerzyć własną argumentację, której zaniechał na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. Za zasadny nie może zostać też uznany argument podniesiony na rozprawie przed Izbą, iż Zamawiającemu znana jest rzetelność Odwołującego, z uwagi na fakt, że wykonywał on na jego rzecz wiele podobnych do objętych zakresem przedmiotu zamówienia robót budowlanych. Obowiązkiem Wykonawcy było złożenie wyczerpujących wyjaśnień, a Zamawiającego należała ich ocena. W złożonych przez Odwołującego wyjaśnieniach nie wspominał on o wpływie własnego doświadczenia na ostateczną wielkość ceny.

Izba uznała za słuszną argumentację Zamawiającego w tym zakresie, przyjmując, iż to na Wykonawcy spoczywa ciężar dowodu jakie elementy oferty miały wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest ceną rażąco niską. Powinien on dążyć do przekonania

Zamawiającego, iż jego wątpliwości co do wysokości zaoferowanej ceny nie są uzasadnione. W rozpatrywanym przypadku, w ocenie Izby, Odwołujący konstruuąc wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oparł się na terminach o dużym stopniu ogólności, nie popierając ich jednocześnie wystarczająco precyzyjnymi i wyczerpującymi w swej treści danymi w oczywisty sposób uzasadniającymi zaoferowanie niskiej ceny.

Uwzględniając powołane ustalenia, Izba za zasadne uznała twierdzenie Zamawiającego, że złożone wyjaśnienia nie określały, obiektywnych czynników, które miały bezpośredni wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego cenę.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż Zamawiający w sposób uzasadniony uznał, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze rozstrzygnięcie o zasadności pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, że działania lub zaniechania Zamawiającego stanowiły naruszenie przez przepisu art. 7 ust. 1 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe ustalenia i dokonaną ich ocenę, Izba uznała, iż Odwołujący nie przedstawił wystarczających dowodów uzasadniających prawidłowość prezentowanej przez siebie argumentacji. Sformułowane przez niego twierdzenia nie mogły zostać uznane przez Izbę za wystarczające dla uznania twierdzeń Zamawiającego za mniej wiarygodne od tez postawionych przez Odwołującego. Dlatego też Izba nie mogła dać wiary argumentacji Odwołującego, wobec czego uznała, iż nie potwierdziły się zarzuty przez niego podniesione.

Biorąc powyższe pod uwagę, 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 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:

.....