

Sygn. akt: KIO 76/13

Sygn. akt: KIO 77/13

WYROK

z dnia 28 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk
Anna Chudzik
Przemysław Dzierzędzki**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” J..... L..... w Przeworsku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o.o. w Jaśle oraz w dniu 14 stycznia 2013 r. przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie w postępowaniu prowadzonym przez Gminny Zakład Usług Wodnych w Orłach

przy udziale wykonawców:

- K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego MACHNIK K..... M..... w Mochnacze Wyżnej zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 76/13 oraz KIO 77/13 po stronie zamawiającego;
- Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 76/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia oba odwołania i nakazuje Gminnemu Zakładowi Usług Wodnych w Orłach unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod

nazwą Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” J..... L..... w Przeworsku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o.o. w Jaśle, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” J..... L..... w Przeworsku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o.o. w Jaśle oraz odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie i nakazuje powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Gminny Zakład Usług Wodnych w Orłach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” J..... L..... w Przeworsku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o.o. w Jaśle i wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie tytułem wpisów od odwołań;

2.2. zasądza od Gminnego Zakładu Usług Wodnych w Orłach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” J..... L..... w Przeworsku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o.o. w Jaśle i wykonawcę Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie kwotę 27 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

- kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... L..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” J..... L..... w Przeworsku, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o.o. w Jaśle stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy Inżynieria Rzeszów S.A. w Rzeszowie stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, 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 Przemyślu.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt KIO 76/13

Sygn. akt KIO 77/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminny Zakład Usług Wodnych w Orłach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa kanalizacji sanitarnej w gminie Orły w obrębie wsi Malkowice i Walawa. Ogłoszenie opublikowane zostało w Biuletynie Urzędu Zamówień Publicznych 31 października 2012 r. pod numerem 429218 – 2012. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

8 stycznia 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez K..... M..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego MACHNIK K..... M..... w Mochnaczce Wyżnej oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia J..... L..... prowadzącego działalność pod firmą Usługowy Zakład „WOD-KAN-GAZ” J..... L..... w Gorliczynie, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych i Melioracyjnych Sp. z o. o. w Jaśle (dalej jako Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ”), o odrzuceniu oferty tych wykonawców oraz o odrzuceniu oferty Inżynierii Rzeszów S.A.

W informacji o wykluczeniu Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ” zamawiający wskazał, że ustawodawca nie przewiduje w art. 26 ust. 2 b zasobu potencjału wiedzy i doświadczenia, zatem zinterpretował zobowiązanie złożone przez Energopol - Południe S.A. jako potencjał wiedzy i doświadczenia oraz potencjał techniczny, czemu dał wyraz w wezwaniu z 2 stycznia 2013r. Podniósł, że w odpowiedzi odwołujący ustosunkował się tylko do formy i sposobu udostępniania przez podmiot trzeci jego wiedzy i doświadczenia pomijając zasób dotyczący potencjału technicznego.

Z powołaniem się na pogląd Piotra Karkoszki zawarty w „Komentarzu praktycznym” (ABC nr 13025) wskazał, że samo przekazanie przez podmiot udostępniający zasoby dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia jest niewystarczające jako samoistny dowód przekazania wiedzy i doświadczenia. W związku z tym uznał, że wraz z zobowiązaniem podmiotu trzeciego zostały przedłożone wyłącznie referencje i zamawiający nie ma żadnego dowodu potwierdzającego, że podmiot trzeci jest w posiadaniu osób powołanych w wyjaśnieniach przez odwołującego.

Zamawiający wskazał też na sprzeczności w stanowisku odwołującego, który z jednej strony w wyjaśnieniach dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę deklarował samodzielne wykonanie zamówienia, natomiast w wyjaśnieniach treści zobowiązania Energopol - Południe S.A. zawarł stwierdzenie o „brygadach budowlanych podmiotu trzeciego”

Skonkludował, że odwołujący nie określił zakresu i sposobu udostępnienia potencjału technicznego, nie udowodnił skutecznie, że podmiot trzeci będzie czynnie uczestniczył w realizacji zamówienia i że posiada potencjał techniczny i osoby wskazane w wyjaśnieniach.

Zamawiający uznał również, że w sytuacji powołania się na zasób wiedzy i doświadczenia innego podmiotu fakt ten winien być odzwierciedlony nie tylko w zobowiązaniu, ale również w ofercie wykonawcy, w części nawiązującej do art. 36 ust. 4 z zastrzeżeniem art. 36 ust. 5 Pzp.

Zamawiający wskazał, że w treści oferty wykonawcy nie zostało zawarte nawiązanie do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, a skoro w pkt 9 formularza oferty odwołujący wskazał, że „nie dotyczy” go wykonanie części zamówienia przez podwykonawcę, to późniejsze powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia stanowi zmianę treści oferty.

Uzasadniając odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp zamawiający podniósł, nawiązując do treści wyjaśnień złożonych przez odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, że odwołujący winien być w posiadaniu ofert dostawców materiałów, których nie załączył tytułem potwierdzenia wiarygodności zaproponowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zamawiający uznał, że odwołujący dokonał błędnej analizy i przyjął jako wartość szacunkową zamówienia kwotę 7.056.960 zł, którą zamawiający podał przed otwarciem ofert – kwotę zabezpieczoną na realizację zamówienia. Podniósł, że wartość szacunkowa została ustalona na poziomie 9.901.747,08 zł, co powoduje, że cena oferty odwołującego stanowi 30,97% wartości szacunkowej zamówienia. W konkluzji zamawiający stwierdził, że odwołujący nie przedłożył żadnego dowodu, który mógłby być poddany ocenie w zakresie skalkulowanej ceny.

Odnosząc się do odrzucenia oferty Inżynieria Rzeszów S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający wskazał, że z treści udzielonych wyjaśnień wynika, że wykonawca zleci w formie podwykonawstwa usługę wykonania przewiertów sterowanych, czego nie wykazał w treści złożonej oferty.

Natomiast w uzasadnieniu odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp podniósł, że uznał wyjaśnienia złożone przez wykonawcę za niewiarygodne, gdyż załączona do nich oferta dostawcy materiałów nie była ważna przez cały okres związania ofertą.

Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ” oraz Inżynieria Rzeszów S.A. wnieśli odwołania z zachowaniem terminu ustawowego oraz obowiązku przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ” (sygn. akt KIO 76/13):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że dokonał oceny ofert, wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty i wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia wykluczenia Konsorcjum i odrzucenia jego oferty, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz nakazanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania.

W uzasadnieniu zarzutu wobec czynności wykluczenia odwołujący wywiódł, że pismem z dnia 2 stycznia 2013 r. w związku z wezwaniem zamawiającego z dnia 31 grudnia 2012 r. przedłożył zobowiązanie firmy Energopol - Południe S.A. z treści którego wynika, że wskazany podmiot zobowiązuje się do udostępnienia zasobów w zakresie posiadania potencjału wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz do udziału w realizacji zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że przedłożył jednoznaczne, oryginalne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobu wiedzy i doświadczenia. Zasobu tego nie wolno mylić z zasobem technicznym, co zamawiający uczynił w ramach nieuprawionej interpretacji złożonych dokumentów. Udostępnione zostały bowiem wiedza i doświadczenie, a nie potencjał techniczny. Zarzucił, że zamawiający przyjął jako podstawę do wykluczenia odwołującego fakt, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia musi równać się podwykonawstwu, co nie ma oparcia zarówno w samym art. 26 ust. 2b Pzp, jak również w orzecznictwie KIO i doktrynie. Uznał, że nieprawdą jest, że czynne uczestnictwo podmiotu udostępniającego zasoby w wykonywaniu zamówienia, potwierdzone ma być stosownymi zapisami w ofercie lub umowie w sprawie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do kwestii uzasadnienia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odwołujący stwierdził, iż jest ono nieadekwatne do normy wynikającej z tego przepisu. Kwestia udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia nie jest tożsama z podwykonawstwem, a zatem wskazanie w ofercie braku podwykonawców z jednoczesnym posiłkowaniem się zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty z powodu niezgodności oferty z SIWZ.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odwołujący powołał wykazanie w wyjaśnieniach złożonych 19 grudnia 2012 r. błędnego wyznaczania wartości zamówienia, gdyż ceny rynkowe są zdecydowanie poniżej szacunków zamawiającego, nawet przy uwzględnieniu kwoty wskazanej przed otwarciem ofert. Wskazał, że pięć z ośmiu ofert znajdowało się na poziomie między 39% a 60% kwoty wskazanej przed otwarciem ofert, także średnia cena znacząco odbiega od wartości szacunkowej, ponieważ stanowi 71% wartości zamówienia. Odwołujący zarzucił, że zamawiający w ogóle nie uwzględnił sytuacji rynkowej przy szacowaniu wartości zamówienia.

Podkreślił, że przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu z powodu rażąco niskiej ceny zamawiający musi znać kwotę, od której postawi zarzuty wykonawcy, iż oferuje rażąco niską cenę i powinien wiedzieć, jaka kwota ofertowa stanowi podstawę wezwania do wyjaśnień.

Odwołanie wniesione przez Inżynierię Rzeszów S.A. (sygn. akt KIO 77/13):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

odrzucenie oferty odwołującego z naruszeniem art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy;

wybór jako najkorzystniejszej oferty zawierającej wyższą cenę od oferty odwołującego z naruszeniem art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3, art. 91 ust. 1 ustawy.

Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert i ponownego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że oświadczenie o samodzielnym wykonaniu przedmiotu zamówienia zostało zmienione wyjaśnieniem ceny z 20 grudnia 2012 r., co potwierdza dowód z oferty Pana E..... K..... Podkreślił, że treść złożonej przez niego oferty nie uległa zmianie, gdyż wyjaśnienia z dnia 20 grudnia 2012 roku dotyczyły wyłącznie źródeł wyliczenia ceny oferty w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy. Odwołujący wyjaśnił, że rozważał powierzenie realizacji części zamówienia (przewiertów) podwykonawcy - stąd posiada ofertę potencjalnego podwykonawcy. Oferta ta z uwagi na swój zewnętrzny charakter ma znaczną wagę dowodową w odniesieniu do obowiązku wykazania możliwości zaoferowania przez odwołującego ceny wskazanej w ofercie.

Odwołujący podkreślił, że nie zmieniał oświadczenia z pkt 9 Formularza oferty, ani go nie interpretował, gdyż oświadczenie z dnia 20 grudnia 2012 roku nie stanowiło wykładni treści oświadczenia woli jakim jest oferta.

Podniósł, że odrzucenie oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 z omawianej przyczyny wykracza poza ramy stosowania tego przepisu. Stwierdził, że zgodnie z bieżącym orzecnictwem Krajowej Izby Odwoławczej chociaż art. 36 ust. 4 Pzp wymaga wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, która zostanie powierzona podwykonawcom, jednak nie przewiduje sankcji za naruszenie tego obowiązku w trakcie realizacji zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, że żaden przepis prawa, doktryna ani orzecznictwo nie mówią o konieczności załączania do wyjaśnień ceny ofert poddostawców ważnych (wiązących) przez cały okres związania ofertą w przetargu, w którym stanowiły dla wykonawcy podstawę ustalenia ceny. Oferta Saini-Gabain Polska Sp. z o.o. PUM O/Rzeszów ma charakter dowodowy, zaś jej moc dowodowa nie jest zależna od tego, czy poddostawca pozostaje związany ofertą przez okres odpowiadający okresowi związania ofertą przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Kalkulacja ofertowa została dokonana przez odwołującego na podstawie wskaźników rynkowych realnych w chwili jej dokonywania. Okoliczność ta została przez odwołującego udowodniona.

K..... M..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego MACHNIK K..... M..... w Mochnaczce Wyżnej zgłosił przystąpienie do obu postępowań odwoławczych, Inżynieria Rzeszów S.A. przystąpiła do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. KIO 76/13. Przystępujący opowiedzieli się po stronie zamawiającego i wnieśli o oddalenie odwołań.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Stanowiska w sprawie wyrazili również w złożonych pismach procesowych.

Izba ustaliła, i zważyła co następuje:

Odwołania kwestionują wykluczenie z postępowania oraz odrzucenie ofert, których zamawiający dokonał z powodów wskazanych w uzasadnieniu pisma z 8 stycznia 2013r.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może rozpoznać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi zespół okoliczności faktycznych i prawnych. Skoro, zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie jest dopuszczalne wyłącznie wobec czynności lub zaniechania zamawiającego, Izba zbadała, w granicach zakreślonych zarzutami odwołania, czy wykluczenie Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ” i odrzucenie ofert obu odwołujących, z przyczyn podanych przez zamawiającego jako uzasadnienie tych czynności, było zgodne z przepisami ustawy.

Nowe okoliczności uzasadniające prawidłowość czynności zamawiającego powołane na rozprawie nie zostały uwzględnione jako podstawa orzeczenia.

Izba oparła rozstrzygnięcie na dowodach z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu. Dokumenty złożone na rozprawie przez przystępującego K..... M..... nie zostały uznane za dowód, lecz za oświadczenie uczestnika. Prezentują one hipotetyczne wyliczenia ceny ofert odwołujących. Analogicznie - stanowiska oparte na przyjętych przez siebie założeniach przedstawione przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz przez odwołujące się Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ”.

Odwołanie wniesione przez Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ” (sygn. akt KIO 76/13):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie okazało się zasadne.

2 stycznia 2013 r. odwołujący w ramach procedury wskazanej w art. 26 ust. 3 Pzp w związku z wezwaniem zamawiającego z 31 grudnia 2012r. złożył zobowiązanie Energopol - Południe S.A. w Sosnowcu wraz z referencją, która posłużyła do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia.

W treści zobowiązania z 20 listopada 2012r. Energopol - Południe S.A. zobowiązuje się do udostępnienia zasobów w zakresie posiadania potencjału wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia oraz do udziału w realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z 2 stycznia 2013r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia, w wyznaczonym terminie, wyjaśnień treści tego zobowiązania. Wskazał, że treść zobowiązania nie określa w jakiej części zamówienia (...) oraz w jaki sposób podmiot udostępniający swoje zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia. Zamawiający oświadczył, że dokonuje wezwania - w szczególności z uwagi na udział w realizacji zamówienia - celem uściślenia sposobu wykorzystania potencjału technicznego oraz wiedzy i doświadczenia przy realizacji zadania będącego przedmiotem postępowania przetargowego, jak również wskazania części zamówienia, którego przedłożone zobowiązanie dotyczy.

W odpowiedzi z 3 stycznia 2013 r. udzielonej w wyznaczonym terminie, odwołujący wyjaśnił, że udział w realizacji zamówienia jest wyraźnym nawiązaniem do czynnego uczestnictwa w jego realizacji przez cały okres jego trwania – tj. w charakterze doradztwa bezpośrednio na placu budowy, rozwiązywania problemów na budowie, w drodze wykładów, szkoleń, realizacji umów know-how, jak również udostępnienia doświadczonych brygad budowlanych.

W pkt 9 formularza oferty – przewidującym wskazanie części zamówienia, które zostaną powierzone podwykonawcy odwołujący zawarł oświadczenie „nie dotyczy”

Zamawiający wartość przedmiotu zamówienia ustalił w kwocie – 8.050.200, 88 zł netto, 9.901.747,08 zł brutto. Na rozprawie oświadczył, że podstawą szacowania był cennik SEKOCENBUD za III kwartał 2012r. oraz, że na realizację zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 7.056.960 zł zatwierdzoną uchwałą budżetową Rady Gminy (z możliwością zwiększenia do wysokości kwoty szacowanej).

W postępowaniu złożono 8 ofert:

PRI j. Korkosz Sp.j w Nisku – 7.795.100, 40 zł;

PB BUDOMONT Sp. z o.o. w Łąncucie – 3.298.860 zł;

K. M..... PBI MACHNIK w Mochnaczce Wyznej – 5.375.790, 41 zł;

PPH Integral – Sp. z o.o. W Rzeszowie – 4.284.098,68 zł;

odwołujący - 3.066.538, 45 zł;

Sanitex Sp. z o.o. w Tryńcy - 2.797.831,80 zł;

Inżynieria Rzeszów S.A. - 4.237.350 zł;

Warbud S.A. w Warszawie - 9.562.635, zł

Pismami z 17 i 18 grudnia 2012r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

W odpowiedzi odwołujący podkreślał rzetelność kalkulacji i rynkowy charakter ceny oferty. Podał przyjęte przy kalkulacji ceny wskaźniki kosztorysowe. Oświadczył, że zamówienie zostanie wykonane własnymi zasobami osobowymi. Wskazał, że „członkowie Konsorcjum dysponują wystarczającą liczbą własnych pracowników zdolnych do wykonania powyższego zadania. (...) Przy układaniu sieci praktykujemy 3-osobowe brygady, co znacznie wpływa na zmniejszenie kosztów (...) przy obecnym stanie zatrudnienia wspólnie jesteśmy w stanie wykonać do 15 km kanalizacji miesięcznie” (...). „Członkowie konsorcjum są w posiadaniu wystarczającej ilości własnego sprzętu i własnych środków transportu do wykonania powyższego zadania. Wobec tego zastosowane ceny ofertowe są cenami pokrywającymi koszty własne pracy sprzętu oraz środków transportu. Nie będzie konieczności wynajmu obcego sprzętu, co miałyby znaczny wpływ na wzrost kosztów budowy”. Odwołujący wskazał, że zakup materiałów bezpośrednio od producentów umożliwi mu uzyskanie cen o ok. 10% korzystniejszych.

W takim stanie sprawy zamawiający wykluczył odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Spór między stronami nie dotyczy treści zobowiązania Energopol - Południe S.A.. Istota sporu odnosi się do wyjaśnień zobowiązania. Przypomnieć trzeba, że w orzecznictwie był już wyrażony pogląd o dopuszczalności uznania wyjaśnień odnoszących się do zobowiązania innego podmiotu (tak w niepublikowanym wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 lipca 2011r, sygn. akt XII Ga 315/11).

Izba uznała, że zamawiający wadliwie wykluczył odwołującego z powodu niewykazania dysponowania potencjałem technicznym, gdyż wzywając odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie wykroczył poza treść zobowiązania Energopol - Południe S.A., który zobowiązał się wyłącznie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia.

Art. 26 ust. 2b Pzp zawiera katalog zasobów, które mogą być udostępnione wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia. Są nimi wiedza i doświadczenie, potencjał techniczny, zasoby finansowe oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia. Z samego faktu, że Energopol - Południe S.A. w treści zobowiązania użył sformułowania „potencjał wiedzy i doświadczenia”, nie wynika w żaden sposób, że udostępnieniu podlega potencjał techniczny. Okoliczność ta została domniemana przez zamawiającego z powodu użycia słowa „potencjał”. Jest to nieuprawnione, gdyż:

zobowiązanie innego podmiotu stanowi oświadczenie woli, które podlega wykładni zgodnie z art. 65 k.c. z uwzględnieniem towarzyszących mu okoliczności. Zamawiający dysponował informacjami, że odwołujący wykona zamówienia za pomocą własnego sprzętu i własnych zasobów ludzkich. Informacje takie są zawarte w oświadczeniach i dokumentach złożonych wraz z ofertą oraz

podtrzymane w wyjaśnieniach elementów oferty mających wpływ na jej cenę, jednak zamawiający niezasadnie je pominął w toku oceny treści zobowiązania;

w odniesieniu do art. 26 ust. 2 b Pzp w obrocie przyjęły się potoczne określenia „podmiot trzeci” w miejsce ustawowego pojęcia „inny podmiot”, a pojęcie „potencjał podmiotu trzeciego” używane jest powszechnie w odniesieniu do wszystkich zasobów, które mogą podlegać udostępnieniu. W ocenie Izby zobowiązanie Energopol - Południe S.A. posługuje się taką właśnie potoczną nomenklaturą, jednak z jego treści jasno wynika, że udostępnieniu podlegają wyłącznie zasoby wiedzy i doświadczenia.

Izba stwierdziła, że nie może być podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania fakt nieudzielenia wyjaśnień treści zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b Pzp, w odniesieniu do zasobów, które nie zostały w nim wskazane. Zamawiający dokonał nadinterpretacji zobowiązania wbrew jego treści oraz z pominięciem posiadanych informacji i ze swego wadliwego działania wywodzi negatywny skutek dla odwołującego, co jest niedopuszczalne.

Druga z przyczyn wykluczenia odnosi się do braku właściwego udowodnienia dysponowania potencjałem technicznym. Izba podtrzymuje w tej mierze zaprezentowany już pogląd i wskazuje dodatkowo, że w treści wezwania z 31 grudnia 2012r. zamawiający żądał złożenia wyłącznie wyjaśnień, nie zaś złożenia dowodów potwierdzających realność złożonych wyjaśnień.

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się jednolicie, że wezwania kierowane przez zamawiającego do wykonawcy powinny być jednoznaczne. Skoro zamawiający na podstawie treści zobowiązania i udzielonych wyjaśnień miał wątpliwości, co do posiadania zasobów wskazywanych przez Energopol - Południe S.A. winien dać temu wyraźny wyraz, czego zaniechał.

Przesłanki wykluczenia mają charakter sankcyjny dla wykonawcy i powinny być interpretowane ściśle. Zamawiający może dokonać wykluczenia z postępowania wyłącznie na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania, nie zaś na podstawie domniemania ich wystąpienia.

Wykluczenie odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z powodu niewykazania dysponowania zasobami w postaci potencjału technicznego narusza prawo.

Izba nie zgodziła się z zamawiającym, że udzielając wyjaśnień co do zobowiązania Energopol - Południe S.A. odwołujący zadeklarował wykonanie zamówienia z udziałem podwykonawcy.

Izba popiera pogląd, iż oddanie do dyspozycji przez podmiot trzeci zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, musi łączyć się co do zasady z koniecznością uczestniczenia tego podmiotu w realizacji zamówienia. Brak jest jednak podstaw prawnych do przyjęcia, że miałyby to nastąpić wyłącznie w charakterze podwykonawcy (tak też m. in. wyroki Izby z 10 lipca 2010, sygn. akt KIO 1245/10, z dnia 26 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1452/10, KIO 1453/10 oraz KIO 1454/10, z 18 sierpnia 2010, sygn. akt KIO 1671/10, z 10 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 2790/10, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 lipca 2011r, XII Ga 315/11).

Zamawiający błędnie odczytał pojęcia ustawowe. Podwykonawstwo, zgodnie z art. 36 ust. 4 Pzp, oznacza wykonanie części zamówienia. Potwierdza to § 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. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), który stanowi, że: „Jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 2”. Natomiast korzystanie z zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, może lecz nie musi być związane z podwykonawstwem. Uczestnictwo osób innego podmiotu w wykonaniu zamówienia nie jest, co do zasady, wykonaniem części zamówienia przez ten podmiot.

Izba uznała, że odwołujący nie zmienił zawartej w pkt 9 formularza oferty deklaracji samodzielnego wykonania zamówienia, zatem zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp.

Izba zważyła, że obowiązkiem wykonawcy wezwanego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących zamawiającego, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia takie muszą być możliwe do oceny na podstawie obiektywnych kryteriów, których przykładowy katalog zawarty jest w art. 90 ust. 2 Pzp.

Natomiast w postępowaniu odwoławczym obowiązują zwykle reguły dowodzenia, czyli ciężar dowodu spoczywa na twierdzącym (art. 190 ust. 1 Pzp, art. 6 k.c.). Jeśli zamawiający odrzuca ofertę po ocenie wyjaśnień otrzymanych na podstawie art. 90 ust.1 Pzp, winien – w granicach wynikających z uzasadnienia odrzucenia oferty – wykazać przed Izbą, że z treści wyjaśnień wynika zaoferowanie ceny rażąco niskiej.

Zgodnie bowiem z art. 90 ust. 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie wskazał, które twierdzenia odwołującego potwierdzają zaniżenie ceny oferty, a jedynie odmówił im wiarygodności z uwagi na brak załączania ofert dostawców materiałów. Tymczasem ustawa zasadniczo nie wymaga od wykonawcy złożenia zamawiającemu dowodów w celu wykazania, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską. Wykonawca może dowody złożyć, co wynika z przywołanego art. 90 ust. 3 Pzp, ale jeśli tego nie uczyni, to i tak obowiązkiem zamawiającego jest ocena wyjaśnień. Ustawa nie wiąże bowiem odrzucenia oferty z brakiem złożenia dowodów wskazujących na brak zaniżenia ceny oferty, lecz z oceną wyjaśnień dokonaną przez zamawiającego.

Zamawiający nie wskazał, dlaczego uważa cenę oferty odwołującego za nierealną, a odniesienie się do szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia i to powiększonej, wbrew dyspozycji art. 32 ust. 1 Pzp, o podatek od towarów i usług, Izba uznała za błędne.

Po pierwsze: samo kryterium arytmetyczne jest niewystarczającym uzasadnieniem dla odrzucenia oferty. Potwierdza to jednoznacznie piśmiennictwo oraz orzecznictwo.;

Po drugie: podstawą do odrzucenia ceny oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu przedmiot zamówienia. Przy ocenie realności zaoferowanej ceny winno brać się pod uwagę zakres i złożoność przedmiotu zamówienia oraz wymagania zamawiającego stawiane jego wykonaniu - a nie jedynie jego wartość;

Po trzecie: wartość przedmiotu zamówienia może być przyczynkiem do badania ceny oferty pod warunkiem, że została ustalona z należytą starannością (arg. z art. 32 ust. 1 Pzp) i stanowi właściwy punkt odniesienia w momencie dokonywania oceny oferty. Izba uznała, że ustalona przez zamawiającego wartość zamówienia nie może być miernikiem cen ofert złożonych w postępowaniu. O jej nieadekwatności świadczy zarówno średni poziom cen ofert złożonych w postępowaniu (zwłaszcza ofert najbardziej zbliżonych cenowo) oraz ujęcie w budżecie gminy kwoty znacząco mniejszej. Trudno bowiem przypuszczać – mając na względzie zasady wynikające z ustawy o finansach publicznych - by gmina rezerwowała na wykonanie zamówienia kwotę nierealną. *Nota bene* zamawiający na rozprawie nie twierdził, by kwota ta była ustalona nieprawidłowo.

Izba uznała, że wskazane przez zamawiającego podstawy odrzucenia oferty odwołującego nie uzasadniają tezy o rażąco niskim charakterze ceny oferty.

Odwołanie wniesione przez Inżynierię Rzeszów S.A. (KIO 77/13):

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą, utraty spodziewanych korzyści związanych z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Kwoty związane z wartością przedmiotu zamówienia oraz ceny ofert złożonych w postępowaniu zostały wskazane powyżej. Przypomnieć tylko trzeba, że cena oferty odwołującego wynosiła 4.237.350 zł.

18 grudnia 2012 roku zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. W zakreślonym terminie odwołujący przekazał wyjaśnienia z 20 grudnia 2012r. wraz z dowodami w postaci szczegółowych kalkulacji oraz złożonych mu ofert.

W treści wyjaśnień odwołujący użył stwierdzenia, że: „Wartość robót zleczanych np. wykonanie przewiertów została skalkulowana na podstawie ofert potencjalnych podwykonawców” oraz “W załączeniu przedstawiamy kalkulację robót oraz kserokopię ofert potencjalnych dostawców i podwykonawców”. Wśród dowodów dostarczonych na potwierdzenie wysokości ceny oferty znalazła się między innymi oferta na wykonywanie przewiertów złożona przez Pana E..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przewierty Sterowane Zakład Instalacyjno - Budowlany E..... K..... oraz oferta Saini-Gabain Polska Sp. z o.o. PUM O/Rzeszów. Ta ostatnia zawierała stwierdzenie, że jest ważna do 13 grudnia 2012r.

Pierwotny termin związania ofertą odwołującego wynosił 30 dni i biegł do 19 grudnia 2012r.

W treści oferty (punkt 9) odwołujący wykreślił oświadczenie o powierzeniu realizacji części zamówienia podwykonawcom.

W takim stanie sprawy zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba zważyła, że z faktu złożenia zamawiającemu, wraz z wyjaśnieniami elementów oferty mających wpływ na jej cenę, ofert potencjalnych podwykonawców, nie wynika zmiana zamiaru samodzielnego wykonania przedmiotu zamówienia wyrażonego przez odwołującego w pkt 9 formularza ofertowego.

Również ze sformułowań „potencjalnych podwykonawców” lub „prace zlecane” użytych w wyjaśnieniach nie wynika jednoznacznie, że odwołujący nie wykona samodzielnie całości przedmiotu zamówienia.

„Potencjalny” zgodnie z definicją słownikową to taki, który może wystąpić lub pojawić się w określonych warunkach. Można zatem przyjąć, że odwołujący badał, a nawet zabezpieczył ewentualną możliwość wykonania zamówienia przy pomocy współpracujących z nim przedsiębiorców, a ich oferty przedstawił zamawiającemu na okoliczność wykazania prawidłowości obliczenia ceny własnej oferty, jej zgodności z realiami rynkowymi.

Izba dostrzegła, że przepisy dopuszczają możliwość posłużenia się podwykonawcami przy wykonaniu przedmiotu zamówienia, nawet w sytuacji, gdy wykonawca nie wskazał tego w ofercie. Na gruncie Prawa zamówień publicznych zamawiający na podstawie art. 36 ust. 5 Pzp może wymagać wykonania przedmiotu zamówienia wyłącznie przez wykonawcę w całości lub w części. W badanym postępowaniu zamawiający nie skorzystał z tej możliwości.

Na uwagę zasługuje, że podstaw niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ zamawiający dopatrywał się w wyjaśnieniach ceny oferty udzielonych na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp.

Takie wyjaśnienie nie stanowią wykładni oświadczenia woli stanowiącego ofertę, do których odnosi się art. 87 ust. 1 Pzp. Wyjaśnienia odwołujący złożył przeciw na okoliczność wskazania realnego poziomu zaoferowanej ceny. Stanowią one jego oświadczenie co do faktów, oświadczenie wiedzy.

Izba uznała, że odwołujący nie zmienił wynikającej z pkt 9 formularza oferty deklaracji samodzielnego wykonania zamówienia, zatem zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Izba podtrzymuje wyrażone wyżej stanowisko odnośnie rozkładu ciężaru dowodu oraz znaczenia dowodów złożonych wraz z wyjaśnieniami oraz wskazuje, że sam upływu terminu wskazanego w ofertach dostawców materiałów nie uzasadnia poglądu o zaoferowaniu ceny rażąco niskiej.

Załączona do wyjaśnień ceny oferta dostawcy materiałów została użyta dla obliczenia ceny oferty przez odwołującego i była wiążąca na dzień otwarcia ofert w postępowaniu. Dowodzi to w wystarczającym stopniu podstaw, na których odwołujący się oparł obliczając cenę oferty. Jeśli zamawiający uważa, że obecnie ceny, na których odwołujący się oparł są nierealne, winien to udowodnić, czego zaniechał.

Z samego faktu, że oferta potencjalnego dostawcy materiałów wygasła nie wynika brak wiarygodności złożonych wyjaśnień.

Podkreślić trzeba, że dla oceny wysokości ceny oferty, w kontekście możliwości zaistnienia ceny rażąco niskiej, bierze się pod uwagę możliwość wykonania za te cenę przedmiotu zamówienia z należytą starannością, w aktualnych realiach rynkowych oraz z uwzględnieniem indywidualnej sytuacji przedsiębiorcy składającego ofertę.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie kierował się tymi względami, lecz oparł się na przyczynie o charakterze formalnym, której Izba nie podzieliła.

Zamawiający wykluczył odwołującego Konsorcjum „WOD-KAN-GAZ” oraz odrzucił oferty obu odwołujących z naruszeniem przepisów ustawy, a naruszenia te mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Obaj odwołujący złożyli oferty z niższymi cenami, niż cena oferty uznanej za najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyników postępowania odwoławczego uwzględniając koszty odwołujących – koszty wynagrodzenia pełnomocników z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł dla każdego odwołującego na podstawie złożonych rachunków zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:

.....

.....