

Sygn. akt KIO 961/13

WYROK
z dnia 10 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2013 r. przez ENERGOPOMIAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego ENEA Wytwarzanie Spółkę Akcyjną w Świerżach Górnych

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ENEA Wytwarzanie Spółce Akcyjnej w Świerżach Górnych unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SGS Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, ECM Group Spółki Akcyjnej w Warszawie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych;
2. kosztami postępowania obciąża ENEA Wytwarzanie Spółkę Akcyjną w Świerżach Górnych i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ENERGOPOMIAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od ENEA Wytwarzanie Spółkę Akcyjną w Świerżach Górnych na rzecz ENERGOPOMIAR Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

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 Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - ENEA Wytwarzanie S.A. w Świerżach Górnych - 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 Instalacji Odsiarczania Spalin (IOSIV) dla mocy ok. 800 MWe (dla bloków 200 MW nr 1-8) w ENEA Wytwarzanie S.A.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 stycznia 2013 r., pod numerem 2013/S 017-024853.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

16 kwietnia 2013 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SGS Polska Sp. z o.o. w Warszawie oraz ECM Group Polska S.A. w Warszawie dalej jako: „Konsorcjum”.

Energopomiar Sp. z o.o. w Gliwicach wniósł odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w terminie ustawowym. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo iż oferta Konsorcjum nie była zabezpieczona wadium;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez niezapewnienie w postępowaniu zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w następstwie zaniechania wykluczenia Konsorcjum;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że oferta złożona przez Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako "siwz");
- art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że nie wykazało ono spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego osób zdolnych do wykonania zamówienia;
- art. 90 ust. 2 Pzp przez dokonanie niewłaściwej oceny wyjaśnień złożonych przez

Konsorcjum w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. i przyjęcie, że oferta Konsorcjum nie zawiera rażąco niskiej ceny;

art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, mimo że oferta złożona przez Konsorcjum zawiera rażąco niską cenę, a złożone przez Konsorcjum wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny ten fakt potwierdziły.

Odwołujący wniósł o unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum, wykluczenie Konsorcjum z Postępowania, ponowne dokonania czynności oceny i wyboru ofert oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego według rachunków, które przedstawimy na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący wywiódł, że zobowiązanie banku wystawcy gwarancji wadialnej zabezpiecza wyłącznie ofertę SGS Polska Sp. z o.o., a treść gwarancji, która mogłyby zostać uznana za wadium zabezpieczające ofertę Konsorcjum, powinna identyfikować podmioty składające ofertę wspólną,

Zarzucił, że Konsorcjum nie przedstawiło w ofercie zakresu wykonywanych czynności przez osobę wskazaną na stanowisko Zastępcy Kierownika Usługi (Inżyniera Kontraktu) oraz CV i referencji potwierdzających.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum, nie przedstawiło wymaganych przez zamawiającego uprawnień energetycznych oraz CV dotyczących osoby wskazanej na stanowisko inspektora nadzoru budowlanego o specjalności energetycznej oraz, że inwestycja wskazana na potwierdzenia wymogu doświadczenia wskazanej osoby została przekazana więcej niż 5 lat, od upływu terminu składania oferty.

Wyjaśnił, że w wyniku uzupełnienia Konsorcjum wskazało osobę na stanowisko inspektora nadzoru budowlanego o specjalności elektrycznej, jednak nadal nie uzupełniło CV wskazanego inspektora, i jego referencji. Nie udokumentowało również opłacenia aktualnej składki członkowskiej do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Odwołujący powołał, że w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Konsorcjum uzupełniło ofertę o osobę osoby posiadającej doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń akpia (aparatura kontrolno- pomiarowa i automatyka) oraz urządzeń telekomunikacyjnych, jednakże z opisu doświadczenia tej osoby nie wynika jakiegokolwiek doświadczeniu w zakresie montażu urządzeń telekomunikacyjnych.

Zarzucił nadto, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę potwierdzają, iż zaoferowana cena jest rażąco niska, nie obalając domniemania wynikającego z wezwania zamawiającego do wyjaśnienia ceny. Odwołujący ocenił, że wyjaśnienia Konsorcjum są ogólnikowe, i można w zasadzie stwierdzić, iż odnoszą się do każdego podmiotu biorącego udział w postępowaniu.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego, zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności po ofercie wybranej. Potwierdzenie zarzutów odwołania da odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia, zatem przesłanki dopuszczalności środka odwoławczego zostały spełnione.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, mimo że nie wszystkie zarzuty znalazły potwierdzenie.

Zarzut dotyczący braku zabezpieczenia oferty Konsorcjum wadium nie potwierdził się.

Zamawiający w pkt 8.11 siwz wymagał w przypadku wykonawców składających ofertę wspólnie, że wadium w pełnej wymaganej wysokości musi być wniesione w imieniu wszystkich wykonawców przez dowolnego wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia (dowód: siwz część I, str. 18).

W odpowiedzi Konsorcjum złożyło wraz z ofertą gwarancję wadium o numerze 306/2013/FIN wystawioną przez Société Générale S.A. Oddział w Polsce w wykonaniu zlecenia SGS Polska Sp. z o. o w Warszawie, zwanego „wykonawcą”. Gwarancja ubezpieczeniowa wskazuje postępowanie, którego dotyczy oraz warunki odpowiadające treści art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, po których ziszczeniu się wobec wykonawcy zamawiający uprawniony będzie do żądania spełnienia świadczenia przez gwaranta. Gwarancja nie uzależnia w swojej treści praw zamawiającego od okoliczności, czy SGS Polska Sp. z o. o w Warszawie występuje jako samodzielny wykonawca, czy też w ramach konsorcjum (dowód: str.119 oferty Konsorcjum).

Konsorcjum złożyło również pełnomocnictwo udzielone przez ECM Group S.A. liderowi Konsorcjum - SGS Polska Sp. z o. o w Warszawie. Pkt 9 pełnomocnictwa zawiera

upoważnienie do wniesienia wadium w imieniu wszystkich wykonawców występujących wspólnie (dowód: str. 40 - 42 oferty Konsorcjum).

Izby zważyła, wbrew twierdzeniu odwołującego, że wadium wniesione przez pełnomocnika Konsorcjum w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zabezpiecza ofertę zgodnie z wymaganiem zamawiającego określonym w siwz i odpowiada prawu. W konsekwencji Izba uznała, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej na lidera Konsorcjum, jak i brak podania w treści gwarancji ubezpieczeniowej nazwy partnera, nie prowadzą do wykluczenia Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp (podobne stanowisko *vide* przykładowo: wyroki Izby z dnia 4.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP/23/07, z dnia 31.03.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/223/08, KIO/UZP/231/08 oraz 5 lutego 2009 r., sygn. akt KIO/UZP/99/09, z dnia 4 maja 2013 r. sygn. akt KIO 810/11 oraz wcześniejsze wyroki Zespołów Arbitrów z 27.04.2006 r. sygn. akt : UZP/ZO/0-1178/06 i UZP/ZO/0-1146/06).

Przypomnieć trzeba, że Konsorcjum nie jest podmiotem prawnym (przymiot ten mają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tworzący konsorcjum) i jest pozbawione zdolności do zaciągania zobowiązań na własny rachunek, w tym do uzyskania gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarancja może być wystawiona wyłącznie na zlecenie poszczególnych członków konsorcjum.

Ponadto zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Sąd Okręgowy w Poznaniu z dnia 12 maja 2006 r. sygn. akt II Ca 489/06 i Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 7 września 2005r. sygn. akt VI Ca 527/05, przyjęły że nie ma przeszkód do uznania, że członkowie konsorcjum odpowiadają za obowiązek zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, gdy zawarcie umowy stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z uczestników konsorcjum. Jeśli umowa nie zostanie podpisana z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z podmiotów ubiegających się wspólnie o zamówienie, to sytuacja ta będzie równoznaczna z niemożliwością podpisania tej umowy przez lidera konsorcjum.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nie potwierdził się.

Wstępną kwestią wymagającą rozważenia przy badaniu zarzutów dotyczących wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest ustalenie, czy wykonawcy zobowiązani byli do złożenia dokumentów wskazanych w części II specyfikacji.

Siwz składała się z III części: I – instrukcji dla wykonawców, II - zakresu usług inżyniera umowy oraz III – wzoru umowy (dowód: siwz w aktach sprawy).

Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu w pkt 5.1.4.2. siwz (Cześć 1), a dla jego wykazania żądał w pkt 6.7.2 siwz złożenia wykazu zawierającego wymagane informacje.

Natomiast w zgodnie z pkt. 4 SIWZ Cześć II - „Oferta powinna zawierać m.in. CV z załączonymi referencjami potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu, kopie uprawnień oraz opłacenia aktualnej składki do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Izba zważyła, że o wykazaniu warunku udziału w postępowaniu nie może stanowić złożenie CV, kopii uprawnień, dowodu opłacenia aktualnej składki członkowskiej do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, czy referencji potwierdzających. Trafnie zauważył zamawiający, że żądanie takich dokumentów nie było dopuszczalne na gruncie rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów z 30 grudnia 2009 r. (Dz. U, Nr 226, poz. 1817) obowiązującego w dacie wszczęcia postępowania, zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi Dz. U. poz. 1217) Zatem ewentualne wymaganie zamawiającego złożenia wymienionych dokumentów jest nieważne *ex lege* i nie wywiera skutków prawnych. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wykonawca wykazuje spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego składając wyłącznie własne oświadczenie - wykaz osób. Zamawiający zatem zasadnie nie wzywał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów, których brak zarzuca odwołujący. Dostrzec też trzeba, że jakkolwiek zamawiający jako zamawiający sektorowy upragniony jest z mocy art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp do żądania dokumentów innych, niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp, to CV, dowód opłacenia aktualnej składki członkowskiej do Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa oraz dokumenty referencyjne zostały wymienione nie w Części I siwz - Instrukcji dla wykonawców zawierającej wymagania odpowiadające art. 36 ust. 1 Pzp, lecz w Części II siwz opisującej zakres usług inżyniera umowy, wymagania stawiane wykonaniu przedmiotu zamówienia. Tym samym w postanowieniach specyfikacji zaistniała sprzeczność, która nie może przemawiać przeciwko wykonawcy. Opis sposobu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być jasno określony przez zamawiającego, a nie domniemywany przez wykonawców.

Izba zbadała zatem zarzut dotyczący dysponowania osobami wyłącznie w oparciu o oświadczenie wykonawcy – wykaz osób i uznała, że znalazł on potwierdzenie.

W pkt 5.1.4.2. b) siwz (Cześć 1) zamawiający wymagał, aby zastępca kierownika usługi posiadał doświadczenie: „przy realizacji w Polsce lub w Unii Europejskiej „dużych” projektów inwestycyjnych (o wartości powyżej 50 000 00 zł) w energetyce zawodowej (budowa lub modernizacja kotłów, bloków energetycznych lub instalacji pomocniczych kotłów takich jak np.: instalacje odsiarczania spalin, instalacje odazotowania spalin)., przekazanych do eksploatacji w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert.” W celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zgodnie z pkt. 6.7.2. lit. d) Cześć 1) siwz wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia winni przedstawić wykaz osób uwzględniający opis doświadczenia zawierający informacje pozwalające na potwierdzenie spełnienia warunku. Zamawiający zastrzegł, że z przedstawionego przez wykonawcę opisu doświadczenia osoby musi wynikać, iż projekty inwestycyjne, w których realizacji uczestniczyła określona osoba spełniają odpowiednie wymagania siwz oraz wymagał podania zakresu wykonywanych przez te osoby czynności przy realizacji przywołanych projektów (dowód: siwz – str. 9, 10, 15).

W odpowiedzi Konsorcjum złożyło wykaz osób, w którym na stanowisko zastępca kierownika usługi wskazało Pana J..... W....., które doświadczenie zostało opisane wyłącznie jako nabyte przy realizacji budowy Elektrociepłowni w Ostrołęce dla Stora Enso Narew Project o wartości 137 mln euro w latach 2008 – 2011 (dowód: oferta Konsorcjum, str. 62 -67).

Izba uznała, że Konsorcjum nie przedstawiło w ofercie zakresu wykonywanych czynności przez osobę wskazaną na stanowisko Zastępcy Kierownika Usługi (Inżyniera Kontraktu), zatem nie wykazało dysponowania osobą o wymaganych kwalifikacjach. W tym zakresie zamawiający winien zastosować art. 26 ust. 3 Pzp w celu uzyskania informacji o zakresie czynności wykonywanych przez Pana J..... W..... przy realizacji budowy Elektrociepłowni w Ostrołęce, czego zaniechał.

Opisując wymagania stawiane inspektorowi nadzoru budowlanego o specjalności energetycznej zamawiający wymagał, aby osoba wskazana na to stanowisko posiadała doświadczenie opisane w pkt 5.1.4.2. lit f) siwz (Cześć 1) oraz aktualne uprawnienia budowlane do kierowania budową lub robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie urządzeń wytwarzających, przetwarzających i zużywających ciepło oraz innych

urządzeń energetycznych (dowód: siwz – str. 10).

W odpowiedzi Konsorcjum złożyło wykaz, w którym an omawiane stanowisko wskazało Pana W..... G....., którego doświadczenie zostało opisane jako doradca, konsultant techniczny firmy SNL-Lavalin Polska – doświadczenie przy realizacji zadania: „Budowa bloku 460 MW wraz z instalacją odsiarczania w El. Pątnów, który został przekazany do eksploatacji w II kwartale 2008 r. (dowód str. 66 oferty).

Termin składania ofert upłynął 5 marca 2013 r. Odwołujący wykazał na rozprawie, że uroczyste przekazanie do eksploatacji wskazanej inwestycji nastąpiło 29 lutego 2008 r. składając wydruki z oficjalnych z oficjalnych serwisów.

Istotnie daty uroczystego przekazania do eksploatacji może być inna, niż data przekazani inwestycji do eksploatacji zgodnie z przepisami prawa budowlanego - zgodnie z twierdzeniem zamawiającego data podpisania protokołu odbioru. Dziwi jednak zachowanie zamawiającego, który mimo że termin uroczystego przekazania do eksploatacji stanowił wiadomość publicznie dostępną i powszechnie znaną w branży, wskazującą na brak spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagi na przekroczenie wymaganego przepisami terminu 5 lat przed dniem otwarcia ofert, u bezrefleksyjnie uznał oświadczenie zawarte w wykazie Konsorcjum. Obowiązkiem zamawiającego było zbadanie tej kwestii na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, czego zamawiający zaniechał.

Prezentowana ocena została dokonana zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Odwołanie nie kwestionowało dopuszczalności posłużenia się zaświadczeniem, jako dokumentem potwierdzającym uprawnienia zawodowe.

Konsorcjum nie wskazało w wykazie złożonym wraz z ofertą osoby na stanowisko inspektora nadzoru budowlanego specjalności elektrycznej. W wyniku wezwania zamawiającego z dnia 19.03.2013 r. złożyło nowy wykaz osób i wskazało Pana Mariusza Zajęca, posiadającego wymagane uprawnienia, którego doświadczenie nie zostało zakwestionowane w odwołaniu. Wykazanie przez odwołującego na rozprawie, że Pan M..... Z..... nie pracował przy budowie bloków w Hiszpania nie może odnieść zakładanego skutku. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może rozpoznawać zarzutów nie podniesionych w odwołaniu.

Konsorcjum w wykazie złożonym wraz z ofertą nie wskazało osoby posiadającej doświadczenie w realizacji nadzoru inwestorskiego w zakresie montażu urządzeń akpia (aparatura kontrolno- pomiarowa i automatyka) oraz urządzeń telekomunikacyjnych. W wyniku wezwania dokonanego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pismem z dnia 19 marca 2013 r. Konsorcjum pismem z 25 marca 2013 r. wskazało Pana S..... C..... (dowód: wymienione pisma).

Nie ma sporu co do tego, że z opisu doświadczenia Pana S..... C..... nie wynika wprost doświadczenie w zakresie montażu urządzeń telekomunikacyjnych – na rozprawie zamawiający nie zaprzeczył pogładowi odwołującego. Wobec braku sporu Izba uznała, że opis doświadczenia Pana S..... C..... nie odpowiada wymaganiom zamawiającego, nie wynika z niego wymagane doświadczenie w zakresie montażu urządzeń telekomunikacyjnych. Izba dostrzegła jednak, że nie został opisany szczegółowo zakres czynności wykonywanych przez Pana S..... C..... przy budowie instalacji mokrego odsiarczania w Elektrowni w Rybniku w latach 2007-2008 na stanowisku określonym jako inspektor nadzoru w biurze budowy Polimex-Mostostal..

Okoliczność ta mogłaby podlegać wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Izba nie nakazała zamawiającemu czynności uzupełnienia i wyjaśnienia wykazu osób, gdyż z obowiązku dokonania wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający jest zwolniony wobec potwierdzenia zarzutu rażąco niskiej ceny oferty Konsorcjum.

Wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego w wysokości 2.400.000 zł (597.074,33 euro). Kwota przeznaczona przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia wynosi 2.952.000 zł (dowód: protokół ZP-1, załącznik nr 2 do wniosku o wszczęcie postępowania).

W postępowaniu złożono 7 ofert. Cena 4 ofert jest wyższa, niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Ceny pozostałych ofert wynosiły odpowiednio:

Konsorcjum – 1.906.500 zł;

Odwołujący – 2.630.970 zł.

Tractebel Engineering S.A. w Katowicach – 2.741.547 zł (dowody: protokół ZP-1, oferty wykonawców).

Pismem z 13 marca 2013 r. zamawiający zwrócił się do Konsorcjum na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp o złożenie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

W odpowiedzi Konsorcjum udzieliło wyjaśnień pismem z 14 marca 2013 r., w których powołało się na sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, w postaci realizacji wielu kontraktów na terenie Polski, posiadanie dobrze zorganizowanego i działającego zaplecza biurowo-logistycznego pozwalającego na znaczące obniżenie kosztów organizacji i funkcjonowania biura, wykorzystanie potencjału technicznego uzyskanego podczas realizacji innych usług. Wskazał również na posiadaną przez siebie kadrę, często zatrudnianą na podstawie umów cywilnoprawnych, w ramach których osoby te obciążone są kosztami transportu i noclegu oraz wykorzystywane przy wykonywaniu kilku kontraktów jednocześnie. Konsorcjum powołało również dysponowanie personelem pomocniczym udzielającym konsultacji w sprawach trudnych. Do wyjaśnień została dołączona tabelaryczna kalkulacja ceny ofertowej zawierająca wynagrodzenie specjalistów, koszt gwarancji, zysk oraz rezerwę. Wynagrodzenie osób zostało wskazane jako pensja w wysokości netto. Suma kalkulacji to cena netto oferty Konsorcjum.

Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 29 marca 2012 r. (sygn. akt C-599/10) wskazał, że możliwość wykazania przez wykonawcę, że jego oferta jest poważna, stanowi wymóg dyrektywy 2004/18 mający zapobiec arbitralności instytucji zamawiającej i zagwarantować konkurencję między przedsiębiorstwami na zdrowych zasadach.

W postępowaniu odwoławczym Izba ocenia prawidłowość czynności zamawiającego. W okolicznościach sporu badaniu podlega przeprowadzona przez zamawiającego ocena wyjaśnień odwołującego udzielonych przez Konsorcjum. Zamawiający zasadnie wystąpił o udzielenie wyjaśnień, gdyż cena oferty Konsorcjum odbiega znacząco zarówno od wartości przedmiotu zamówienia, jak i cen ofert złożonych przez pozostałych wykonawców, co ma istotne znaczenie

z uwagi na wielokrotnie podkreślany w dokumentach postępowania złożony charakter przedmiotu zamówienia.

Izba uznała, że przystępujący nie wywiązał się z obowiązku wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę, a zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy uznał wyjaśnienia przystępującego za wystarczające.

Jeżeli zamawiający ma wątpliwości co prawidłowości kalkulacji ceny i wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę, to obowiązkiem wykonawcy jest udzielenie wyjaśnień szczegółowych i wyczerpujących - przekonujących, że cena oferty w odniesieniu do danego przedmiotu zamówienia została skalkulowana prawidłowo.

Wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum nie pozwalają na stwierdzenie, że cena została ustalona prawidłowo z uwagi na obiektywne czynniki, wyróżniające Konsorcjum spośród innych wykonawców działających na rynku, co uzasadniałoby jej obniżenie. Odwołujący powołał się na sprzyjające warunki wykonania zamówienia. Art. 90 ust. 2 Pzp nakazuje brać pod uwagę wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy. Tymczasem Konsorcjum ani nie wykazało, że sprzyjające warunki wykonywania zamówienia są dostępne wyłącznie jemu, ani, że mają charakter wyjątkowy.

Dostrzeżenia wymaga, że czynniki wskazywane w wyjaśnieniach nie mają charakteru wyróżniającego Konsorcjum lecz stanowią praktykę funkcjonowania podmiotów branży nadzoru inwestycyjnego. Nadto udzielone wyjaśnienia pozostają bez związku z kalkulacją ceny oferty, gdyż całość tabeli zawierającej kalkulację ceny oferty jest niejednoznaczna i nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Izba dostrzegła, że Konsorcjum w wyjaśnieniach opisowych stwierdziło, że ma możliwość obniżenia kosztów organizacji biura, a nie że kosztów tych nie będzie ich ponosić w ogóle. Izba podzieliła również pogląd odwołującego, że pominięty został koszt personelu niezbędnego do wykonania umowy zgodnie z wymaganiami wynikającymi z wzoru umowy. Nieracjonalnym byłoby przyjęcie, że rezerwa wynikająca z tabeli w pozwala na pokrycie kosztów oczywiście niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia, których Konsorcjum nie wskazało w kalkulacji.

Izba uznała, że Konsorcjum złożyło wyjaśnienia niewystarczające, zatem jego oferta powinna podlegać odrzuceniu, lecz nie w związku z konstatacją, że cena jest rażąco niska, ale na podstawie domniemania, wynikającego ze złożenia niedostatecznych wyjaśnień (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 20 maja 2010r., KIO/UZP 730/10). W sytuacji, kiedy złożone wyjaśnienia nie pozwalają na zweryfikowanie wiarygodności ceny danej oferty, tj. nie zawierają informacji na temat rzeczywistego wpływu powoływanych okoliczności na wysokość ceny, wówczas wypełniona zostaje przesłanka do odrzucenia oferty (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 maja 2010r., KIO/UZP 679/10; KIO/UZP 714/10).

Zamawiający dokonując wyboru oferty, której cenę badał w postępowaniu wyjaśniającym, winien dysponować rzetelną wiedzą wynikającą z wyjaśnień wykonawcy. W okolicznościach sporu zamawiający niewątpliwie takiej wiedzy nie posiadał, gdyż ze stanowiska prezentowanego w czasie rozprawy wynika jednoznacznie, że pogląd o rzetelności kalkulacji ceny oferty Konsorcjum zamawiający budował nie na treści udzielonych wyjaśnień, lecz na domniemaniach przyczyn, które nie zostały wskazane przez Konsorcjum, jak "zatrudnianie pracowników w wieku poprodukcyjnym".

Zamawiający winien zatem odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, czego zaniechał.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 oraz art. 192 ust. 3 Pzp orzekła jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku postępowania odwoławczego. Izba nie uwzględniła kosztów pełnomocnika odwołującego z powodu złożenia wyłącznie umowy zlecenia, podczas gdy zgodnie z § 3 pkt 2 lit. a 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) wymagane jest złożenie rachunku dokumentującego koszty poniesione przez stronę.

Przewodniczący: