

Sygn. akt: KIO 281/12

Sygn. akt: KIO 290/12

**WYROK**  
**z dnia 24 lutego 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 lutego 2012 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 10 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "AQUA CONTROL", ul. Brzozowa 5c, 42-582 Rogoźnik,**
- B. w dniu 10 lutego 2012 r. przez wykonawcę **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom,**

przy udziale:

- A. wykonawcy: **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 281/12 po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy: **Spółka Ciepłownicza CENTRUM Sp. z o.o., ul. Wrocławska 94, 41-902 Bytom,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 281/12 i 290/12 po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "AQUA CONTROL", ul. Brzozowa 5c, 42-582 Rogoźnik,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 290/12 po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględni oba odwołania w zakresach wskazanych w uzasadnieniu i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty wykonawcy Spółka Ciepłownicza CENTRUM Sp. z o.o., ul. Wrocławska 94, 41-902 Bytom, z powodu niewykazania, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "AQUA CONTROL", ul. Brzozowa 5c, 42-582 Rogoźnik** i **Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom**, tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A., ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom** kwotę **33 567 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy), w tym:

A. kwotę **18 567 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Wielobranżowego "AQUA CONTROL", ul. Brzozowa 5c, 42-582 Rogoźnik**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom** 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. Nr 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 **Katowicach**.

Przewodniczący: .....

**Sygn. akt 281/12**

**Sygn. akt 290/12**

## **UZASADNIENIE**

Zamawiający:

- 1) Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom;
  - 2) Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach Oddział KWK „Bobrek-Centrum” z siedzibą w Bytomiu, ul. Konstytucji 76, 41-905 Bytom;
  - 3) Gmina Bytom ul. Parkowa 2 41-902 Bytom;
- reprezentowani przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. ul. Strzelców Bytomskich 207 41-914 Bytom, zwani dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odwadnianie niecek bezodpływowych na terenie Gminy Bytom - utrzymanie w 2012 r. przepompowni : Staw 24 - zalewisko, Karb - Prefabrykaty, Karb II, Zachodnia, staw 36, ROD „Kościuszko”, ROD „Łan”, staw 32, staw 39/29, Północna, Zielona, Dworska”

Pismem z dnia 1 lutego 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę — Spółkę Ciepłowniczą „CENTRUM” Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy - Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Ar-Go” Sp. z o.o. z tego powodu, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Odwołanie od takiej decyzji Zamawiającego złożyło dwóch wykonawców:

1. Jarosław Bec, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „AQUA CONTROL” Jarosław Bec ul. Brzozowa 5c, 42-582 Rogoźnik, ozn. sygnatura **281/12**, oraz
2. Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom, . sygnaturą **290/12** .

**W zakresie odwołania o sygn. 281/12**, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty i uznania jej za odrzuconą,

- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę,
- 3) zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy - Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Ar-Go” Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, tj. z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert,
- 4) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona

Jednocześnie zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia z uwagi na brak informacji o rzeczywistej wartości usług polegających na pompowaniu wody,
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie uznania oferty wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. za odrzuconą i odrzucenia jej mimo, że Zamawiający winien to zrobić w związku z wykluczeniem tego wykonawcy zgodnie z pkt 1) powyżej,
- 3) art. 90 ust. 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy - Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Ar-Go” Sp. z o.o. mimo, że nie wniósł on wadium przed upływem terminu składania ofert,
- 5) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę - Spółkę Ciepłowniczą „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i uznana za odrzuconą, czym Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert, w wyniku czego:
  - a) oferta wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp, jak również art. 24 ust. 4 Pzp i 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, w związku z jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,

b) wykonawca - Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Ar-Go” Sp. z o.o. zostanie wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz - jak dotychczas - na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp,

c) jako najkorzystniejsza — wobec lit. a) i b) niniejszego punktu - zostanie wybrana oferta Odwołującego.

W zakresie odwołanie o sygn 290/12 Odwołujący BYTOMSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO WIELOBRANŻOWE AR-GO SPÓŁKA Z O.O. wniósł odwołanie od następujących czynności oraz zaniechań czynności przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1) wykluczeniu Odwołującego z postępowania, poprzez błędne przyjęcie jakoby nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) zaniechaniu odrzucenia oferty Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” sp. z o.o. w Bytomiu, pomimo tego że zawiera ona rażąco niską cenę oraz pomimo tego, że złożone przez tę spółkę wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę,

3) wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Spółka Ciepłownicza „CENTRUM” sp. z o.o. w Bytomiu, pomimo tego że oferta tegoż wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu.

Podnosząc powyższe wskazał iż działania Zamawiającego podjęte w postępowaniu naruszają następujące przepisy:

1) przepis art. 7 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy w związku z przepisami art. 25 i 26 ust. 3 ustawy oraz § 1 ust. 1 pkt 6) i 7) 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, poprzez niezapełnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z wykluczeniem Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, na skutek dokonania przez Zamawiającego błędnej oceny jakoby Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) przepis art. 7 ust. 1 i 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4) oraz art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez niezapełnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” sp. z o.o. w Bytomiu jako zawierającej rażąco niską cenę oraz poprzez dokonanie błędnej oceny wyjaśnień złożonych w tym przedmiocie przez Spółkę Ciepłowniczą „CENTRUM” sp. z o.o., które to wyjaśnienia nie wykazują iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) przepis art. 7 ust. 1 i 3 i art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółkę Ciepłowniczą „CENTRUM” sp. z o.o. w Bytomiu pomimo tego,

że oferta winna podlegać odrzuceniu, czym Zamawiający naruszył zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Wskazując na powyższe, wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu,

- 1) unieważnienie czynność wyboru oferty Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” sp. z o.o. w Bytomiu jako najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynność badania i oceny ofert;
- 3) unieważnienie czynność wykluczenia Odwołującego, a tym samym czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy CENTRUM;

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpili następujący wykonawcy:

- D. wykonawcy: Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o., ul. Strzelców Bytomskich 133/1, 41-914 Bytom, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 281/12 po stronie zamawiającego,
- E. wykonawcy: Spółka Ciepłownicza CENTRUM Sp. z o.o., ul. Wrocławska 94, 41-902 Bytom, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 281/12 i 290/12 po stronie zamawiającego,
- F. wykonawcy: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "AQUA CONTROL", ul. Brzozowa 5c, 42-582 Rogoźnik, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 290/12 po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie, uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, oraz stanowiska stron postępowania i uczestników, zaprezentowane do protokołu rozprawy ustaliła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołań, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Następnie Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali swój interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący w należyty sposób uprawdopodobnili posiadanie interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony do której zgłosili przystąpienie.

Izba rozpoznała łącznie oba odwołania w związku z zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w tym przedmiocie.

Oprócz faktu, że odwołania dotyczyły tego samego Zamawiającego i przedmiotu zamówienia to ponadto w obu odwołaniach były podniesione takie same zarzuty, tj. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy -Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o.

mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W odwołaniu o sygn. 281/12 – jest to zarzut oznaczony numerem 3, a w odwołaniu o sygn. 290/12 jest to zarzut oznaczony numerem 2 i 3.

Wobec tego zarzutu, zarówno stanowiska Odwołujących, Zamawiającego i Przystępujących oraz stanowisko Izby, zostanie przedstawione łącznie co do obydwu odwołań.

#### W zakresie pozostałych zarzutów poniesionych w odwołaniu o sygn. akt 281/12

Odnosnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia, a w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty i uznania jej za odrzuconą, Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie wykazał się wymaganym doświadczeniem wymaganym od wykonawców chcących brać udział w przedmiotowym postępowaniu. Podniósł, że wykonawca ten w wykazie wymienił 3 usługi, z których każda obejmowała obsługę ruchu energetycznego na powierzchni kopalni (utrzymanie sieci centralnego ogrzewania, sieci ciepłej wody kąpielowej, wody pitnej, p.-poż. sprężonego powietrza, głównego odwadniania na powierzchni wraz z przynależnymi urządzeniami). W referencjach podano także, że zakres świadczenia wykonawcy obejmował również naprawę urządzeń oraz obróbkę skrawaniem. Jednocześnie w wykazie wskazano wartość brutto równą wartości podanej w referencjach, co oznacza, że Zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do podania, jaka była wartość usług polegających wyłącznie na pompowaniu wody i dopiero w oparciu o tę informację ocenić, czy wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzut podniósł, że doświadczenie, którym wykazał się wykonawca w tym zakresie, jest wystarczające, gdyż wykonawca wykazał się robotami o dużo większej wartości niż wymagane przez Zamawiającego na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto Zamawiający w SIWZ nie wymagał szczegółowego wykazania, wartości robót dotyczących samego pompowania wody. W pkt. 5.3.2 siwz Zamawiający wskazał, że wykonawca winien specjalizować się w wykonywaniu usług o charakterze i złożoności porównywalnej z zakresem zamówienia oraz udokumentować realizację w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną usługę porównywalną z przedmiotem zamówienia o wartości minimum 200 000 zł brutto.

Przystępujący – wykonawca Centrum, popierając stanowisko Zamawiającego w tej kwestii dodał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień czy roboty wskazane przez wykonawcę na spełnienie warunku posiadania doświadczenia polegały również na pompowaniu wody oraz czy są one porównywalne do robót objętych

przedmiotem niniejszego zamówienia ,w piśmie z dnia 27 stycznia 2012 roku wyjaśnił, że wykazane roboty związane były z utrzymaniem sieci głównego odwadniania, co w 100% jest tożsame z zakresem przedmiotowego zamówienia.

Izba biorąc pod uwagę powyższe oświadczenia oraz dokumentacje z postępowania stwierdza, że wykonawca udowodnił w zakresie wymaganym przez Zamawiającego, a opisanym w postanowieniach SIWZ posiadanie doświadczenia tożsamego z przedmiotem zamówienia i tym samym podniesiony zarzut nie może zostać uwzględniony.

W zakresie zarzutu oznaczonego numerem 4 dotyczącego zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy - Bytomskiego Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Ar-Go” Sp. z o.o. mimo, że nie wniósł on wadium przed upływem terminu składania ofert, Odwołujący podniósł, że wykonawca ten został już przez Zamawiającego wykluczony z postępowania z powodu że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, ponieważ w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedłożył wprawdzie Wykaz personelu, w którym wskazał osobę z wymaganymi kwalifikacjami, jednak opatrzył go datą 26 stycznia 2012 r., podczas gdy termin składami ofert upłynął dnia 19 stycznia 2012 r.

Zdaniem Odwołującego wykonawca ten winien być również wykluczony z postępowania z powodu, że nie wniósł on wadium przed upływem terminu składania ofert. Jak bowiem wynika z treści gwarancji ubezpieczeniowej, złożonej przez tego wykonawcę, nie zabezpiecza ona oferty w związku z wszystkimi okolicznościami wymienionymi w art. 46 ust. 5 pkt 3 Pzp. Zapewnia ona wypłatę kwoty wadium Zamawiającemu wyłącznie w sytuacji, kiedy oferta wykonawcy zostałaby wybrana, a on **spowodowałby**, że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stałoby się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Na potwierdzenie zasadności prezentowanego stanowiska w tej sprawie przywołuje stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2011 r. (sygn. akt: KIO 2764/10), gdzie wskazano, że przywołany wyżej taki zapis gwarancji jest niezgodny z treścią art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp, bowiem ustawa w wymienionym przypadku nie uzależnia zatrzymania wadium od działania lub zaniechania wykonawcy (przez użycie zwrotu „spowoduje”), bowiem taka treść gwarancji przedłożonej przez wykonawcę, zawęża przesłanki zatrzymania wadium w stosunku do przestank ustawowych, jedynie do przypadków w których to działanie wykonawcy doprowadzi do sytuacji, że zawarcie umowy staje się niemożliwe. W takim przypadku interesy zamawiającego, które ma chronić wadium, pozostawałyby niezabezpieczone.

Zamawiający oświadczył, iż jego zdaniem fakt, że w gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Polskie Towarzystwo Ubezpieczeń gdzie wskazano, iż Zamawiający ma prawo do zaspokojenia się z wadium także w sytuacji, gdy wykonawca „spowodował”, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie, nie ma żadnego



wpływu na możliwość zabezpieczenia się z wadium, w sytuacji gdyby wykonawca w tym zakresie naruszył przepisy czy to ustawy, czy SIWZ.

Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o uważa, iż przedłożona gwarancja w pełni zabezpiecza ewentualne uprawnienie Zamawiającego co do możliwości skorzystania z wadium złożonego w formie gwarancji wadialnej. Pojęcie „spowoduje”, którym w gwarancji niejako uzupełniono ustawowy opis warunku zapłaty wadium określony w art. 46 ust.5 pkt 3 ustawy pzp nie uzależnia zatrzymania wadium od jakiegoś konkretnego działania czy zaniechania wykonawcy. Tym samym uważa, że nie można w tym zakresie zgodzić się z przywołanym w/w wyrokiem KIO gdyż poprzez dodanie czasownika „spowoduje” w treści gwarancji, nie została zawężona możliwość zaspokojenia się przez Zamawiającego z wadium.

Przystępując do rozpatrzenia tego zarzutu, Izba wskazuje, że gwarancja wadialna to jednostronne zobowiązanie gwaranta, polegające na tym, jeśli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni określone warunki zapłaty, to gwarant wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz. Obligatoryjnym elementem treści gwarancji jest wskazanie "zabezpieczonego rezultatu", co następuje przez wskazanie okoliczności, których zaistnienie będzie powodem żądania zapłaty przez beneficjenta ziszczenia się gwarancji (zatrzymania wadium). Określenie „zabezpieczonego rezultatu” powinno nastąpić zgodnie z dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp. Jakikolwiek odstępstwa w kształtowaniu rezultatu zabezpieczenia, które zawężają zakres odpowiedzialności gwaranta w stosunku do formuły zawartej w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp należy uznać za nieprawidłowe.

Stwierdzić należy, że dla oceny czy złożona gwarancja jest prawidłowa zasadne jest ustalenie czy wadium wniesione w formie gwarancji ma taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, czyli nie mogą występować przeszkody dla Zamawiającego w możliwości zaspokojenia się z wadium. Wadium ma zabezpieczyć ważność oferty na czas udziału wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a więc jest właściwie i skutecznie wniesione, gdy Zamawiający ma możliwość dysponowania wadium niezależnie od formy jego wniesienia, od momentu upływu terminu składania ofert.

Dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 Pzp. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana, a treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95).

Przesłanki zatrzymania wadium zostały określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pzp. Przesłanki te tylko w dwóch miejscach odnoszą zatrzymanie wadium przez Zamawiającego do zaistnienia okoliczności leżących po stronie wykonawcy: w art. 46 ust. 4a pzp oraz w art. 46 ust. 5 pkt 3 pzp.

W przedmiotowym postępowaniu przepis art. 46 ust.5 pkt 3 został literalnie zmodyfikowany w gwarancji Odwołującego, poprzez dodanie wskazania do przesłanki zatrzymania wadium, że może ono nastąpić w sytuacji jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana spowodował, że zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Zdaniem Izby takie „uzupełnienie” treści przepisu nie prowadzi do jakiegokolwiek ograniczenia prawnej możliwości zatrzymania wadium w stosunku do zapisu ustawowego. Podobne stanowiska Izby, można wskazać w wyrokach KIO 814/10; 2049/11 ; 612/11.

Izba stwierdza, że treść gwarancji złożonej przez Odwołującego w sprawie o sygn. KIO 290/12 i Przystępującego w sprawie KIO 281/12 tj. Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o w pełni uzasadniała stanowisko Zamawiającego który prawidłowo uznał, że wadium zostało prawidłowo wniesione , a postanowienia gwarancji w żaden sposób nie ograniczają prawa Zamawiającego do skorzystania z wadium.

Tym samym zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu o sygn. 290/12 Odwołujący podniósł zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny wskazanej w ofercie wykonawcy – Spółka Ciepłownicza „Centrum” oraz błędnej oceny złożonych wyjaśnień przez Zamawiającego- zarzuty te będą jak wskazano wyżej, poddane łącznej ocenie przez Izbę.

Podniósł również zarzut dotyczący wykluczeniu go z postępowania, poprzez błędne przyjęcie jakoby nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczącego warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W dniu 01.02.2012 r. – z pisma Zamawiającego stanowiącego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty - Odwołujący dowiedział się o wykluczeniu go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na skutek nie uzupełnienia oferty zgodnie z wezwaniem zawartym w piśmie z dnia 24.01.2012 r., tj. niewykazaniem - zdaniem Zamawiającego - iż złożone przez Odwołującego dokumenty potwierdzały spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

W zakresie tego zarzutu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w punkcie 5. SIWZ określił warunki udziału wykonawców w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego, w tym również zawarł wymóg dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W punkcie 5.3.1. SIWZ Zamawiający zawarł opis sposobu dokonywania oceny spełnienia ww. warunku, poprzez wskazanie rodzaju uprawnień jakie winny posiadać osoby którymi dysponuje wykonawca oraz ilości tychże osób.

Odwołujący w zakresie tego wymogu stoi na stanowisku, że dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym także dotyczących dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotowego zamówienia, wystarczające jest złożenie przez

wykonawcę dokumentu w formie oświadczenia o spełnianiu postawionych wymagań. Uważa, że jest to jedyny w świetle obowiązujących przepisów dokument jakiego Zamawiający może żądać od wykonawcy na potwierdzenie spełniania tego rodzaju warunków udziału w postępowaniu.

Wobec złożenia tylko samego oświadczenia w tym zakresie, Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty poprzez uzupełnienia dokumentu w zakresie „Wykazu personelu” stanowiącego załącznik nr 3, tak aby Odwołujący wykazał, iż dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia posiadającymi stosowne uprawnienia.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia oferty, Odwołujący w dniu 26.01.2012 r. dokonał uzupełnienia Załącznika nr 3 do formularza ofertowego obejmującego Wykaz personelu oraz oświadczenie, że zawarte w tymże wykazie osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, posiadają niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia wymagane uprawnienia. Uzupełnienie to nastąpiło poprzez wskazanie w Wykazie personelu kolejnej osoby, którą dysponuje Odwołujący i będzie się nią posługiwał przy realizacji zamówienia, tj. Pana Piotra H., posiadającego wymagane uprawnienia.

Wskazał, że Zamawiający błędnie wywiódł, iż data wpisana na tym uzupełnionym załączniku nr 3, tj. 26 stycznia 2012 r., jest datą wskazującą, iż dopiero od tego dnia Odwołujący dysponuje osobą Piotra H. w zakresie wskazanym w wykazie personelu. Takie uzupełnienia potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu należy wiązać zawsze z złożonym w ofercie oświadczeniem o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i należy je zawsze traktować jako całość.

Zamawiający w odpowiedzi na podniesiony zarzut wskazał, zgodnie z postanowieniami SIWZ wskazanymi w pkt 5.3.1 dotyczących opisu sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu, a także 6 A pkt 2 wynikało iż wykonawcy winni byli złożyć wykaz osób, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia oraz wykształcenia, niezbędnego do wykonywania przedmiotu zamówienia. Z analizy oferty złożonej przez Odwołującego wynikało, iż w wykazie osób nie wskazał osoby posiadającej wymagane uprawnienia elektryczne i elektroenergetyczne, tym samym został wezwany przez Zamawiającego pismem z 24 stycznia 2012 r. o wskazanie takiej osoby na to stanowisko. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca pismem z dnia 26 stycznia 2012 r., które jest pismem przewodnim i zawiera szereg załączników, w tym załącznik nr 3, wynikało iż wykonawca w uzupełnieniu wezwania wskazuje osobę Piotra H. na stanowisko w zakresie urządzeń elektroenergetycznych. Zarówno z treści pisma przewodniego, jak z treści załącznika nr 3, nie wynikało, aby wykonawca dysponował tą osobą na dzień składania ofert, czyli 19 stycznia 2012 r.

Stwierdził, że Zamawiający nie może domniemywać spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, gdyż obowiązek w tym zakresie spoczywa na wykonawcy i

kierując się treścią uzupełnionych dokumentów, musiał stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał, iż na dzień składania ofert spełniał w tym zakresie warunek udziału w postępowaniu.

Przystępujący Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "AQUA CONTROL" oświadczył, iż w pełni popiera stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego. Odwołujący nie miał żadnych przeszkód, aby uzupełniając dokumenty, wskazać iż osobą p. Piotra H. dysponował nie później niż na dzień składania ofert, tj. 19 stycznia 2012 r.

Izba dokonując merytorycznej oceny zasadności podniesionego zarzutu wskazuje, że w postępowaniu o zamówienie publiczne, Zamawiający stawia przed wykonawcami wymóg spełnienia warunków podmiotowych i przedmiotowych. Warunki podmiotowe wynikają z art. 22 ust.1 i art. 24 ust.1 ustawy pzp, są to warunki odnoszące się do podmiotu- wykonawcy, a ich niespełnienie skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Tym samym, co do zasady to nie Zamawiający ma udowadniać podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, lecz to do wykonawcy należy wykazanie braku podstaw do wykluczenia.

Odnosnie stanowiska Odwołującego, że wystarczającym dla spełnienia warunku udziału w każdym postępowaniu o zamówienie publiczne jest złożenie samego oświadczenia w tym zakresie, to Izba stwierdza, że takie stanowisko w odniesieniu do zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust.8 ustawy pzp jest niezasadne. Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust.1 oraz 44 ustawy pzp na żądanie Zamawiającego wyrażone w postanowieniach SIWZ wykonawca oprócz oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu składa również dokumenty potwierdzające spełnianie tych warunków.

Zdaniem Izby, stwierdzić należy, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez Zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp. Zamawiający wprawdzie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w zakresie wykazu personelu, ale z otrzymanej informacji nie wynikało, że wykonawca dysponował tą osobą na dzień składania ofert. Prawda jest również, że z złożonego oświadczenia nie wynikało bezsprzecznie, że taką osobą w wymaganym terminie wykonawca nie dysponował.

Ustawa pzp wzorem dyrektywy 2004/18/WE wprowadziła tryb wyjaśniania złożonych dokumentów i oświadczeń. Obejmuje on nie tylko te dokumenty, które dotyczą spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale i te dotyczące spełniania wymagań określonych przez Zamawiającego. Tryb wyjaśniania odnosi się do usuwania wątpliwości Zamawiającego i jest on trybem obligatoryjnym, który Zamawiający powinien uruchomić z urzędu.

Jeżeli co do złożonych oświadczeń czy dokumentów u Zamawiającego zrodziły się wątpliwości co do zawartych w nim treści to Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia w wyznaczonym terminie stosownych wyjaśnień. Żądanie wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy wcale nie musi być jednokrotne. Zamawiający może je ponawiać, jeżeli jego wątpliwości nie zostały usunięte. /podobnie ST. Babiarczy komentarz do ustawy pzp wydanie 1 str 212 i następane/.

Tym samym Izba stwierdza, że Zamawiający stwierdzając braki w dokumentacji lub oświadczeniach składanych przez wykonawcę winien był w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do daty dysponowania osobą Pana Piotra H.

W świetle okoliczności sprawy brak jest podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że samo podanie daty na uzupełnionym dokumencie przesądza o terminie od jakiego Odwołujący dysponował wskazaną osobą. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wskazał bowiem, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert. Data wskazana na takim dokumencie pozostaje bez znaczenia dla skuteczności uzupełnienia dokumentu. Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym zakresie byłoby sprzeczne z celem ustawodawcy, tj. ograniczenia sytuacji konieczności wykluczenia wykonawców z postępowania z powodów formalnych. (podobnie wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10, z dnia 26 stycznia 2011 r. KIO 72/11). Data wskazana na dokumencie winna odpowiadać dacie jego sporządzenia. Wskazanie innej daty po to aby potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu jest zdaniem Izby niedopuszczalne, gdyż stanowiłoby złożenie sprzecznego z faktem, oświadczenia wykonawcy.

Tym samym Zamawiający nie wykonując obowiązku wyjaśnienia kwestii związanych z terminem od kiedy Odwołujący dysponował osobą Piotra H., naruszył przepis art. 26 ust.4 ustawy pzp. Wykluczenie Odwołującego było przedwczesne, a jak wykazało niniejsze postępowanie niezasadne, dlatego też zarzut ten zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutów podniesionych w obu odwołaniach, a dotyczących zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy - Spółki Ciepłowniczej „CENTRUM” Sp. z o.o. mimo, że zawiera ona rażąco niską cenę, a także uznania przez Zamawiającego, że złożone przez tę spółkę wyjaśnienia nie potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę, Odwołujący AQUA CONTROL” podniósł, że Zamawiający pismem z dnia 25 stycznia 2012 r. wezwał na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wykonawcę -Spółkę Ciepłowniczą „CENTRUM” Sp. z o.o. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Takie działanie było w pełni uzasadnione, uwzględniając fakt, że cena zaoferowana wynosiła 1.572.565,14 zł brutto, a kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotowego zamówienia

wynosiła 3.528.996,27 zł brutto. Ceny pozostałych ofert przekraczały kwotę 3.000.000,00 zł brutto (następna w kolejności oferta zawierała cenę 3.101.770,61 zł brutto).

Podniósł, że Zamawiający wymagał całodobowej obsługi przepompowni - 24 godziny na dobę przez 7 dni w tygodniu, co wynika z postanowień SIWZ pkt 3.2 ze str. 3 oraz pkt 13.6 ze str. 19, Ponadto wskazał, że dla dokonania wyceny kosztu realizacji zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ, Zamawiający wymagał, aby dla potrzeb obliczeniowych założyć maksymalną ilość roboczogodzin. Z tego należy wnioskować, iż Zamawiający wymagał, aby na każdej przepompowni był całodobowy dyżur pracowników wykonawcy. Ponadto dla celów obliczeniowych Zamawiający wymagał aby założyć ilość dni z pompowaniem – w dni robocze przez 191 dni po 8 godzin dziennie i w dni świąteczne oraz soboty przez 84 dni również po 8 godzin dziennie. Te fakty Zamawiający narzucił w SIWZ i wykonawcy nie mieli prawa ich zmieniać. Pomimo iż zamówienie dotyczy usługi odwadniania 7 miejsc, to według Odwołującego podstawową kwestią jest obsługa przepompowni pn. „Staw 24 – zalewisko” , gdyż tylko obsługa tego zlewiska polegała na pompowaniu wody przy pomocy pomp spalinowych, wymagających dla ich obsługi zakupu paliwa.

Podniósł również, że wykonawca do obsługi przepompowni założył koszt zatrudnienia tylko trzech pracowników, co narusza przepisy prawa pracy, a ponadto wykonawca powinien był również przewidzieć dodatkowe wynagrodzenie za pracę w porze nocnej oraz w niedziele i święta, czego nie uwzględnił, kalkulując miesięczne wynagrodzenie jednego pracownika tylko jako kwotę 1.500,00 zł, Jako nierealne należało także ocenić pozostałe koszty, skalkulowane przez wykonawcę. Nie sposób bowiem uznać, że odzwierciedlają one koszty wszystkich wymaganych czynności, tj. zapewnienia sprawnego działania urządzeń, za pomocą których realizowana będzie usługa, napraw i remontów koniecznych do sprawnego funkcjonowania dzierżawionego mienia (w tym bieżącej konserwacji pomp, urządzeń zasilających, koszy ssawnych, rurociągów ssących i tłocznych) oraz systematycznej kontroli tras rurociągów tłocznych i kabli zasilających, utrzymania porządku na udostępnionych obiektach przepompowni (w tym sprzątnięcia obiektów i terenów wokół obiektów, zbiorników wraz z koszeniem trawy na terenach przynależnych do przepompowni), zabezpieczenia dostępu podległym pracownikom do mediów (zaopatrzenie w wodę, odprowadzenie ścieków, ogrzewanie, zapewnienie łączności telefonicznej itp.).

Odnosząc się do kosztów obsługi przepompowni „Staw 24-zalewisko” stwierdził, że usługa w tym zakresie obejmuje również odpompowywanie wody przez 22 godziny na dobę. Wymaga to zatem zgodnie z pkt 13.6.4 SIWZ uwzględnienia w cenie (poz. I „Robocizna”) kosztów zakupu i dostawy paliwa do motopomp. Stwierdził, że pompy, których użycie jest niezbędne spalają od 10 do 25 litrów paliwa na godzinę, co przy średniej cenie oleju napędowego powoduje, iż użycie pompy przez 22 h. tj. w czasie jednego „dnia z pompowaniem” będzie stanowiło koszt zakupu paliwa w kwocie 1.265.00 — 3.162,50 zł.

Ponadto wskazał, że wykonawca pominął w swojej ofercie koszty uprzedniego położenia ok 500 mb rurociągu do rurociągu już istniejącego, co warunkuje rozpoczęcie pompowania wody.

Odnosząc się do złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień stwierdził, że są one ogólnikowe i w żaden sposób nie wyjaśniają powodów takiej wyceny kosztu wykonania zamówienia. Taka wysokość zaoferowanej ceny oraz treść udzielonych Zamawiającemu wyjaśnień, w żaden sposób nie uzasadniały uznania przez Zamawiającego, że oferta tego wykonawcy nie jest rażąco niska.

Odwołujący Bytomskie Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AR-GO Sp. z o.o. ponad stanowisko w/w Odwołującego podniósł, że oprócz zarzutu, iż oferta wykonawcy CENTRUM zawierała rażąco niską cenę, to w odwołaniu zawarty jest również zarzut błędnej oceny przez Zamawiającego złożonych przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących tego, czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Odnosząc się do sposobu wykazania kosztów wykonania usługi oraz wyjaśnień wykonawcy CENTRUM Sp. z o.o., stwierdził że wykonawca ten nie podał kosztów paliwa niezbędnego do wykonywania pompowania na zlewiszku Staw 24. Stwierdził, że w ubiegłym roku wykonywał tę usługę dla Zamawiającego i według posiadanych danych, aby utrzymać poziom lustra wody w wymaganym zakresie potrzeba było wykonywać pompowanie przez 22 godziny dziennie przez 6 miesięcy w roku

Odnosząc się do wskazanej w ofercie kwoty na zakup paliwa tj. 4 158,00 zł wskazał, iż przeliczając tę kwotę przez obecną cenę oleju napędowego oraz zużycia przez pompę ilości oleju na 1 roboczogodzinę, można z dużą dozą prawdopodobieństwa stwierdzić, że za tę kwotę można nabyć paliwo najwyżej na kilka dni wykonywania pompowania. Wskazany w SIWZ obowiązkowy sposób przygotowania oferty w żaden sposób nie ma odniesienia do kwoty zaoferowanej na zakup paliwa do jego wykonania.

Podniósł, że ustawa pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek dokładnego zbadania, czy zaoferowana kwota za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest ceną rażąco niską. Skoro obowiązek dla Zamawiającego wynika z ustawy to Zamawiający nie może tłumaczyć się tym, że nie chciał wnikać w ustalenia wykonawcy co do sposobu rozdzielenia kosztów.

Zamawiający odnosząc się do podniesionych zarzutów wskazał, że na etapie oceny zarówno ofert, jak i otrzymanych wyjaśnień, nie miał wątpliwości, że za tę cenę wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia. Stwierdził, że tylko dla pompowania wody ze Stawu 24 pompowanie odbywa się przy pomocy pomp mechanicznych, napędzanych silnikami spalinowymi, i tylko tam potrzebne jest paliwo. Dlatego też, otrzymując wyjaśnienia od wykonawcy dotyczącej kwoty wskazanej na zakup paliwa domniemywał, że posiada on już w swoich zasobach paliwo, które będzie zużyte do wykonywania tej usługi. Stąd też nie wnikał w szczególności, czy podana kwota zabezpiecza paliwo dla wykonania tej usługi.

Odnosząc się do kwoty oszacowania niniejszego zamówienia wskazał, iż na tak dokonane oszacowanie wpływ miał przede wszystkim fakt, iż w skutek różnego rodzaju zaniedbań w latach poprzednich występował duży poziom wód wymagających odpompowania, co w sytuacji obecnego poziomu wód znajdujących się w dopuszczalnych zakresach, wskazuje, iż cena zaoferowana przez wykonawcę za wykonanie zamówienia może być ceną realną. Jego zdaniem brak jest podstaw do kwestionowania prawa wykonawcy, aby przy wykonywaniu zamówienia korzystał ze swoich zasobów, w szczególności pracowników co do których posiada wolne moce przerobowe. Brak jest również uzasadnionych podstaw do w kalkulowania w cenę zamówienia całości kosztów paliwa, gdyż może okazać się w bieżącym roku, że tzw. dni z pompowaniem będzie zdecydowanie mniej niż to miało miejsce w latach pośrednich, a tym samym przyjęta do kalkulacji ilość dni z pompowaniem może okazać się zbyt duża.

Przystępujący do obu odwołań, wykonawca Spółka Ciepłownicza CENTRUM Sp. z o.o. , w złożonym przystąpieniu oraz na rozprawie wskazał, że zarzuty obu odwołujących są czysto teoretyczne i nie można ich uznać za wystarczające. Odwołujący założyli konieczność stałego przebywania pracowników wykonawcy przy obsłudze przepompowni, tymczasem zapisy ogłoszenia i siwz takiego wymogu nie przewidują.

Ogłoszenie o zamówieniu w pkt. 11.1.5 wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymywanie przepompowni celem zapewnienia bezpieczeństwa wodnego, gwarantującego prawidłowy odpływ wód opadowych z niecek bezodpływowych na terenie Gminy Bytom obsługiwanych przez wskazane przepompownie. Stwierdził, że zapisy SIWZ w tym zakresie są niejasne i nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców. Ponadto wskazał, że Odwołujący odnoszą zarzuty do części oferty, a nie jak wymagają tego przepisy, do całości ceny oferty. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach w stosunku do innych wykonawców nie jest dowodem, że oferta stanowi ofertę z rażąco niską ceną. Odnosząc się do zarzutu potrzeby wykonania ok. 500m rurociągu- wskazał, że niewątpliwym jest, że wykonawca będzie musiał wykonać takie podłączenie, ale to wcale nie oznacza, iż cały koszt takiego podłączenia należy wliczyć w koszt zamówienia, ponieważ po wykonaniu robót rurociąg ten może być zdemontowany i zabrany przez wykonawcę.

Podobnie odniósł się do zarzutu dotyczącego braku zapewnienia pracowników, przez okres 24 godzin na dobę przez 7 dni w tygodniu do obsługi przepompowni, stwierdzając iż nie widzi takiej potrzeby ani możliwości.

Kalkulując koszty personelu, przyjął, że koszt ten będzie rozłożony na koszt wykonywania samej usługi i koszt spółki, gdyż w celu wykonywania nadzoru zamierza wykorzystywać pracowników będących już pracownikami firmy. Pracownicy ci zatrudnieni przy pracach dozоровych w spółce będą mogli przejść kilkaset metrów od miejsca pracy w spółce do terenu zlewni, aby sprawdzić, jaki jest stan danego zlewiska. Wskazał, że faktycznie dokonał



kalkulacji stawki godzinowej pracownika dotyczącej godzin z pompowaniem, jak i bez pompowania na jednym poziomie, ale przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest to ryzyko wykonawcy, ale uzasadnione tym, że ma on prawo przerzucić sobie koszty z innych przepompowni.

Odnosnie wykonywania robót konserwacji i utrzymania przepompowni stwierdził, że w swoim warsztacie zatrudnia 67 pracowników, którzy niezależnie od tego, czy wykonują jakąś pracę, czy nie, otrzymują wynagrodzenie stałe i w związku z tym w razie potrzeby wykonania robót dla konkretnego zamówienia będą mogli tę pracę wykonać. Do kosztu przedmiotowego zamówienia wliczane będą tylko koszty zakupu materiałów, natomiast koszt wykonania usługi będzie wliczony do kosztów spółki. Nadto stwierdził, że gdyby przyjąć, że fatycznie zakładane przez Zamawiającego w załączniku nr 7 do SIWZ wszystkie dni pompowania wody, jako realne to w tym celu należałoby zużyć paliwa za ok. 152 tys. złotych, czyli dwukrotnie więcej niż wycenił on całkowity koszt obsługi tego zlewiska.

Na wstępie oceny zasadności poniesionych zarzutów związanych z rażąco niską ceną zaoferowaną w ofercie, Izba wskazuje za wyrokiem SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. XIX Ga 128/08 iż należy stwierdzić, że przepisy ustawy p.z.p. nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna i niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wystąpienie Zamawiającego do wykonawcy w trybie przepisu art. 90 ust.1 ustanawia domniemanie faktyczne zaoferowania przez wykonawcę ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma charakter wzruszalny – może zostać obalone przez wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. Natomiast w postępowaniu przed Izbą przesądzające znaczenie ma pozytywna, bądź negatywna ocena wyjaśnień dotyczących elementów ceny oferty. Jeśli Zamawiający nie uznaje złożonych wyjaśnień i dokonuje czynności odrzucenia oferty, to jego obowiązkiem jest dowiedzenie, że (zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k. c. w zw. z art. 14 Pzp, art. 190 ust. 1 Pzp), uzyskane wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Natomiast w sytuacji złożenia wyjaśnień, które zostały przez Zamawiającego ocenione jako wiarygodne i wystarczające, ciężar dowodu spoczywa w całości na Odwołującym.

Złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowania ceny rażąco niskiej za wykonanie przedmiotu zamówienia prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone. Ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień

odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Wykonawca poprzestając jedynie na złożeniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia obiektywnych czynników wpływających na wysokość zaoferowanej ceny, czyni to na własne ryzyko niebezpieczeństwa oceny, że złożone wyjaśnienia nie potwierdzają rażąco niskiej ceny oferty.

Obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny, występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo, z obowiązkiem Zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień. Z tego względu, dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny - wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 stycznia 2007 r., sygn. akt V Ca 2214/06.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy przy ocenie wyjaśnień Zamawiający zobligowany jest brać pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, a także wybrane rozwiązania techniczne. Izba stoi na stanowisku że ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny oferty, zawsze należy odnosić do całości przedmiotu zamówienia, jednakże w tym postępowaniu Zamawiający aby być pewny prawidłowości wykonania zamówienia, nałożył na wykonawców obowiązek przygotowanie oferty według załączonych formularzy przy uwzględnieniu przyjętych przez Zamawiającego założeń kosztowych. Do takich pozycji należało między innymi wskazanie kosztu robocizny przy założeniu obowiązku całodobowego nadzoru pracowników wykonawcy nad zlewiskami przez cały okres umowy, ustalonej liczby dni pompowania wody z którą to pozycją związane jest wskazanie kosztu zużycia paliwa do pomp, kosztu zużycia energii elektrycznej, itp.

Oceniając treść złożonych wyjaśnień przez wykonawcę Izba stwierdza, że w oparciu o tak złożone wyjaśnienia wykonawcy brak jest podstaw do przyjęcia, że zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska. Stwierdzenia tam zawarte zmierzają w zasadzie do podania wyjaśnień uściślających do jakiego rodzaju usługi, wskazanej w formularzu ofertowym odnosi się dana pozycja kosztowa. Zamawiający w żaden sposób nie zareagował na wskazaną w wyjaśnieniu kwotę kosztu paliwa niezbędnego do obsługi pomp w zakresie ilości dni wskazanych przez niego w formularzu. Zasadne jest stanowisko Odwoływających, że za wskazaną przez wykonawcę kwotę, w poz 6 i 7 formularza zawierającą „koszty wszystkich niezbędnych materiałów i robót dodatkowych związanych z wykonywaniem niniejszej usługi (materiały budowlane, paliwo do kosiarek, paliwo do pomp) itp.” można zakupić paliwo tylko na kilka dni pracy pomp, a Zamawiający wymagał bezwzględnie wskazania kosztu paliwa dla 275 dni po 8 godzin pompowania dziennie.

Decydujące dla uznania zasadności zarzutu, zdaniem Izby, przemawia nieuzasadnione założenie przez Zamawiającego, iż wykonawca może zaoferować cenę za wykonanie

zamówienie bez wliczania do niej wszystkich kosztów niezbędnych do jego wykonania. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku między innymi paliwa do pomp, gdzie Zamawiający na rozprawie stwierdził, że *„otrzymując wyjaśnienia, domniemywał, że wykonawca posiada już w swoich zasobach paliwo, które będzie zużyte do wykonywania tej usługi, stąd też nie wnikał w szczególności, czy kwota za zakup paliwa podana w formularzu zabezpiecza paliwo dla jej wykonania”*.

Podobna sytuacja dotyczy wskazanego kosztu usług warsztatowych, gdzie wykonawca wyjaśnił, że *„posiadamy warsztat ślusarsko-mechaniczny, brygadę budowlaną oraz instalatorską i tym samym koszty związane np. robotami warsztatowymi i awaryjnymi możemy rozdzielić na poczet całej działalności spółki, a do kosztu zamówienia wliczać tylko koszt zakupu części”*, a także kosztu robocizny, gdzie wykonawca podał, że do nadzoru nad zlewiskami będzie korzystał z pracowników już zatrudnionych w spółce i tym samym koszt związany z ich zatrudnieniem nie będzie obciążał tego zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza, że problem dowodowy w zakresie oceny podniesionych zarzutów skupia się przede wszystkim na niewłaściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn. że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty, oraz wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie zysk. Przy tak ustalonych przez wykonawcę kosztach wykonania przedmiotowego zamówienia bezsporne jest, że wykonawca w ofercie nie wykazał ceny za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, przerzucając część z nich do kosztów działalności całej spółki. Również Zamawiający uznając takie wyjaśnienia za udowadniające, że za zaoferowaną cenę wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie, naruszył przepis art. 7 ust.1 w związku z art. 90 ust 2 i 3 ustawy pzp.

Nie może być akceptowalna sytuacja, że wykonawca chcąc uzyskać dane zamówienie, podaje w ofercie cenę która tylko częściowo uwzględnia koszty jego wykonania. Natomiast pozostałe koszty zalicza do kosztów innej swojej działalności, tym samym eliminując w sposób nieuczciwy innych wykonawców którzy zgodnie z opisem sposobu wykonania zamówienia ustalonym w postanowieniach SIWZ dokonali obliczenia ceny ofertowej.

Tym samym podniesione w tym zakresie zarzuty Izba uznaje za zasadne.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – miało miejsce w zakresie uznanych za zasadne podniesionych w odwołaniach zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 .....