

Sygn. akt: KIO 346/12

**WYROK**  
**z dnia 1 marca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lutego 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lutego 2012 r. przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., 35-310 Rzeszów, ul. Rejtana 6 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie, 35-064 Rzeszów, ul. Targowa 1

przy udziale wykonawcy Mota-Engil Central Europe S.A., 30-415 Kraków, ul. Wadowicka 8W zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 346/12 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., 35-310 Rzeszów, ul. Rejtana 6 i
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o., 35-310 Rzeszów, ul. Rejtana 6 tytułem 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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Gminę Miasto Rzeszów – Miejski Zarząd Dróg w Rzeszowie na *rozbudowę drogi krajowej nr 19 od granicy miasta do skrzyżowania z al. Wyzwolenia wraz z niezbędną infrastrukturą techniczną, instalacjami i urządzeniami budowlanymi w km 470+946,27 – 473+904,77 w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa ul. Lubelskiej”* - numer postępowania ZP.2311.102.2011 – wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. wniósł w dniu 20 lutego 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 346/12). O czynnościach zamawiającego został on powiadomiony pismem przesłanym faksem w dniu 10.02.2012 r. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 lutego 2012 r. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2011/S 201-326984, w dniu 19.10.2011 r. Postępowanie prowadzone jest według procedury obowiązującej dla postępowań przekraczających kwotę określoną w rozporządzeniu wykonawczym do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw z art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., do czego doprowadziło dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Mota-Engil Central Europe S.A. i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą winna być uznana oferta odwołującego się. W przypadku nie podzielenia zasadności podstaw do odrzucenia oferty Mota-Engil Central Europe S.A., odwołujący wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania wykonawcy Mota-Engil Central Europe S.A. do przedłożenia dokumentów i wyjaśnień i dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący wskazywał na niezgodność treści oferty Mota-Engil Central Europe S.A. ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej zakresów robót wycenionych w kosztorysach w branżach:

- „Branża Drogowa – Zabezpieczenie gazociągów wysokiego ciśnienia” (str. 82 oferty), rubryki 2,3 i 4 obejmują węższy od wymaganego w przedmiarze robót zakres prac.

W pozycji 2 zaoferowano formowanie i zagęszczanie nasypów wyłącznie w gruntach kategorii III (nie objęto formowania i zagęszczania nasypów w gruntach kategorii I, II i IV, które występują w miejscu robót) i nie wskazano, iż grunt zostanie pozyskany na koszt wykonawcy.

W pozycji 3 kosztorysu zaoferowano wyłącznie roboty dotyczące gruntów kategorii II-IV, a zatem nie objęto profilowania i zagęszczania podłoża w gruncie kategorii I.

W pozycji 4 kosztorysu wykonawca wskazał, że będzie wykonywał dwie warstwy podsypki piaskowej grub. 15 cm każda – co jest niezgodne z dokumentacją przetargową i projektem budowlanym.

Odwołujący wskazywał dodatkowo na brak podania pełnej nazwy zadania w kosztorysach:

- „Branża Sanitarna” (str. 83 oferty),
- „Branża Teletechniczna” (str. 103 oferty),
- „Zieleń” (str. 103 oferty),

co było niezgodne z opracowanym przez zamawiającego wzorcem, wiążącym wykonawców na podstawie pkt 10.3.5 siwz.

W zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy, odwołujący wskazywał na zaniechanie wezwania wykonawcy Mota – Engil Centra Europe S.A. do uzupełnienia dokumentów: ważnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej oraz dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał – spółki MANSTEL Bednarczyk, Słowik, Wiącek Sp. J.

Zdaniem odwołującego, w sytuacji, kiedy ważność polisy ubezpieczenia OC upłynęła przed dokonaniem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zamawiający był zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia aktualnej polisy. Zamawiający nie miał podstaw do wybrania oferty wykonawcy, który na dzień wyboru nie posiadał ważnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 20 000 000,00 zł.

Odnosnie dokumentów podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy Mota – Engil Central Europe S.A. swój potencjał, zdaniem odwołującego zachodziła podstawa do żądania wykazania za pomocą dokumentów wymienionych w punktach 6.1.1 – 6.1.6. siwz, iż w stosunku do tego podmiotu nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy (na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy). Wykonawca Mota – Engil Central Europe S.A. wskazał w ofercie na stronie 58 i 60, firmę MANSTEL Bednarczyk, Słowik, Wiącek sp. j., która ma brać udział w realizacji części zamówienia poprzez oddanie do dyspozycji swoich

zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w postaci personelu: Kierownika robót drogowych Artura D. Jednocześnie w ofercie nie załączono dokumentów: oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia MANSTEL, aktualnego odpisu KRS dla spółki MANSTEL, zaświadczenia z ZUS i US dla MANSTEL, oraz zaświadczenia dla MANSTEL.

Odwołujący wskazał na błędy w numeracji stron oferty, które naruszały punkt 10.7 siwz, przez występowanie kilku stron oznaczonych numerem 59.

Niezależnie od wskazanych podstaw do odrzucenia oferty Mota – Engil Centra Europe S.A, a także ewentualnej konieczności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, odwołujący dodatkowo podnosił, iż w wielu pozycjach kosztorysu ofertowego „Branża elektryczna”, oferta zawiera rażąco niską cenę opraw sodowych 250 W. Podana cena jednostkowa jest nierealistyczna w porównaniu do cen rynkowych za dany typ oprawy, którego oczekiwał zamawiający, co wskazuje na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów i powinno zwrócić uwagę zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia z brakiem należytej staranności. Wykonawca winien być wezwany do złożenia stosownych dokumentów i wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy.

Odwołujący swój interes we wniesieniu odwołania wykazywał możliwością uzyskania przedmiotowego zamówienia, gdyż jego oferta obecnie sklasyfikowana została na pozycji 2 w rankingu ofert.

W dniu 22 lutego 2012 r. (na podstawie zawiadomienia/wezwania przekazanego przez zamawiającego wykonawcom faksem w dniu 20.02.2012 r.) do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca Mota – Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Na posiedzeniu niejawnym, w którym uczestniczyły strony i wykonawca zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu, jako jego uczestnika wykonawcę Mota – Engil Central Europe S.A. (dalej zwanego Mota).

W dalszej kolejności Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła przesłanka jego odrzucenia wskazana w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i rozpoznała odwołanie merytorycznie po przeprowadzeniu rozprawy.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, iż odwołanie w całości podlegało oddaleniu, jako bezzasadne.

Zakresem zaskarżenia objęte zostały czynność zamawiającego oceny i wyboru oferty Mota, która zdaniem odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również zachodziły podstawy do wezwania wykonawcy Mota o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., a także wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż podnoszone przez odwołującego rozbieżności w opisie pozycji 2, 3 i 4 (kosztorysu „Branża Drogowa – Zabezpieczenie gazociągów wysokiego ciśnienia”) chociaż występują, to nie wskazują na niezgodność oferty z treścią siwz. We wszystkich trzech pozycjach, wycenione roboty odpowiadają zarówno rodzajowo, jak i ilościowo, opisanym w przedmiarze robót, w którym zamawiający określił:

- wykonanie nasypów (numer SST D-02.03.01) - „Formowanie i zagęszczanie nasypów o wysokości do 3,0 m, grunt pozyskany z dokopu na koszt wykonawcy  $V=11,35 \text{ mc} \cdot 3,92 \text{ m}^2=44,5 \text{ m}^3$ ”;
- koryto wraz z profilowaniem i zagęszczeniem podłoża (nr SST D-04.01.01) – „Profilowanie i zagęszczanie podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni  $F=10,7 \text{ m} \cdot 9,85 \text{ m}=105,4 \text{ m}^2$ ”;
- nawierzchnie z elementów prefabrykowanych (nr SST D-10.03.01) – „Ułożenie prefabrykowanych płyt żelbetowych o wymiarach 300\*150 grubości 18cm układane w dwóch warstwach (2\*18) na podsypce piaskowej grub. 15 cm z wypełnieniem spoin piaskiem – powierzchnia płyt  $F=2 \cdot 31,5 \text{ m}^2=65 \text{ m}^2$ ”.

Wykonawca Mota w kosztorysie ofertowym zamieścił w odniesieniu do wskazanych pozycji opisy:

- poz. 2 wykonanie nasypów – formowanie i zagęszczanie nasypów o wysokości do 3,0 m spycharkami w gruncie kat III – współczynnik zagęszczania  $j_s=1,05$  (ilość 44,5 m<sup>3</sup>);

- poz. 3 koryto wraz z profilowaniem i zagęszczaniem podłoża – profilowanie i zagęszczanie podłoża wykonywane mechanicznie w gruncie kat. II-IV pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni (ilość 105,4 m<sup>2</sup>);

- poz. 4 nawierzchnie z elementów prefabrykowanych: nawierzchnie z płyt żelbetowych o wymiarach 300\*150 grubości 18 cm układane w dwóch warstwach (2\*18) na posypce piaskowej grub. 15cm z wypełnieniem spoin piaskiem (ilość 63 m<sup>2</sup>) – poz. 4.1 oraz warstwy podsypkowe piaskowe zagęszczane mechanicznie o gr. 15 cm – obok czynnego pasa jezdni (131-230 poj.) w ilości 63 m<sup>2</sup> - poz. 4.2.

Zamawiający w piśmie z dnia 30.01.2012 r. zwrócił się do wykonawcy Mota o wyrażenie zgody na poprawienie omyłek wynikających z braku wskazania w powyższych pozycjach kosztorysu branży drogowej, numerów specyfikacji technicznej (SST). Wykonawca w oświadczeniu z dnia 02.02.2012 r. wyraził zgodę na ich wprowadzenie.

W ocenie składu orzekającego, opis pozycji kosztorysowych z oferty Mota nie wskazywał na zawężenie zakresu prac w stosunku do wymaganego w dokumentacji projektowej. Jak odwołujący zauważył, uszczegółowienie zakresu prac w stosunku do opisu zawartego w przedmiarze robót, znajdowało się w szczegółowych specyfikacjach technicznych (SST), zawierających ustalenia dotyczące zasad prowadzenia robót ziemnych, obejmujące wykonanie i odbiór nasypów w gruntach kategorii I-IV (D-02.02.01). W ocenie Izby, odwołanie się w SST do kategorii gruntów I-IV oznacza jedynie, iż zasady określone w szczegółowej specyfikacji technicznej znajdują zastosowanie do wykonania i odbioru prac ziemnych prowadzonych w gruntach danej kategorii. Nadinterpretacją byłoby natomiast wywodzenie, iż zamawiający narzucił kategorii gruntu z jakiego należało wykonać nasypy (poz.2), czy też zagęszczanie podłoża (poz.3), konieczne do uwzględnienia w kosztorysach ofertowych. W kosztorysie ofertowym wykonawca Mota wskazał na kategorię III gruntu do wykonania nasypów wraz ze współczynnikiem zgęszczenia „js=1,05”, wyższym od minimalnej wartości wskazanej w SST (Is 0,97 - ponad 2 metry wysokości nasypu, str. 42). Odwołujący nie zaprzeczył prawdziwości twierdzeniom wykonawcy Mota, iż zgodnie ze sztuką budowlaną przy budowie dróg do wykonania nasypu o wysokości 3 m, stosuje się grunty kat. III, które wykonawca uwzględnił przy opisie pozycji kosztorysowej. Izba uznała, iż doprecyzowanie w opisie pozycji kategorii gruntu nie dowodziło jeszcze niezgodności oferty Mota ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przede wszystkim na tej podstawie, iż współczynnik zagęszczenia odpowiadał wymaganiom zamawiającego opisanym w SST, do której przestrzegania wykonawca zobowiązał się w ofercie, między innymi wyrażając zgodę na poprawienie omyłki poprzez uzupełnienie w kosztorysie ofertowym informacji o numerach właściwych SST. Podobnie należało ocenić rozbieżność polegającą na wskazaniu w kosztorysie ofertowym w poz. 3 gruntów kategorii II-IV, w jakich miało być wykonywane profilowanie i zagęszczenie podłoża. Izba uznała, iż wskazanie to nie ma istotnego

znaczenia dla treści oferty, w której wykonawca przyjął na siebie zobowiązanie do realizacji prac według zasad określonych w SST dla gruntów kat. I-IV, w ilości wskazanej przez zamawiającego, a ich wyszczególnienie nie stanowiło wymaganej treści oferty podlegającej weryfikacji pod kątem zgodności z siwz.

Izba uznała za sprzeczne ze stanem faktycznym stanowisko odwołującego dotyczące treści kosztorysu ofertowego wykonawcy Mota zawartej w poz. 4.1 i 4.2. W kosztorysie dokonano rozbicia pozycji 4 z przedmiaru robót dot. nawierzchni z elementów prefabrykowanych na dwie, z których pierwsza odpowiadała opisem zakresowi prac objętych dokumentacją przetargową (4.1), a druga obejmowała wykonanie podsypki piaskowej obok czynnego pasa jezdni (4.2). Obie pozycje stanowią odrębny zakres czynności związanych z wykonaniem nawierzchni, do których wyceny przyjęto odmienne nakłady rzeczowe (KNNR), co znalazło wyraz w wartości tych pozycji. W oparciu o powyższe, stanowisko odwołującego w którym twierdził, iż Mota zamierza wykonać dwie warstwy podsypki, każda po 15 cm pod nawierzchnię z płyt żelbetowych, Izba uznała za bezpodstawne.

Nie mogły również prowadzić do uwzględnienia zarzutu niezgodności treści oferty Mota z siwz podnoszone okoliczności dotycząc braku podania pełnej nazwy zadania w nagłówkach kosztorysu ofertowego w branżach: sanitarnej (str. 83), teletechnicznej (str. 103) i zieleń (str. 114). Dopiero ewentualne niezgodności w dalszej treści kosztorysu, tj. wycenionych pozycjach, mogłyby uzasadniać formułowanie tezy o niezgodności merytorycznej treści oferty z siwz. Odwołujący nie formułował w tym zakresie żadnych zarzutów, co prowadziło do przyjęcia, iż kosztorys obejmował cały zakres prac w poszczególnych branżach, a zatem nie było podstaw do odrzucenia oferty Mota na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Samo stwierdzenia wystąpienia odstępstw w stosunku do wzoru opracowanego przez zamawiającego, bez szczegółowej analizy wpływu wprowadzonej przez wykonawców zmiany na zakres świadczenia, nie może prowadzić do uwzględnienia zarzutu niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Dotyczy to również przyjętego przez wykonawcę Mota sposobu numeracji stron oferty, w których część była oznaczona tym samym numerem z dodanym kolejnym oznaczeniem literowym.

W oparciu o powyższe, Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stwierdzając, iż odwołujący nie wykazał wystąpienia merytorycznej niezgodności w treści oferty Motaz z wymaganiami zamawiającego.

W dalszej kolejności Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., który zdaniem odwołującego znajdował zastosowanie, po pierwsze w związku z wpływem ważności załączonej do oferty polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, a po drugie w związku z brakiem załączenia do



oferty Mota dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, na którego zasobach wykonawca polegał na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Oceniając zasadność twierdzenia odwołującego o konieczności wezwania wykonawcy Mota w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu – polisy OC, Izba ustaliła, iż na stronach od 63 do 69 oferty Mota, znajduje się kopia polisa ubezpieczenia OC o numerze 901004774292 wystawiona w dniu 20.01.2010 r., obejmująca okres ubezpieczenia od 25.01.2010 r. do 24.01.2012 r. na sumę gwarancyjną 30.000.000 zł. Zamawiający wymagał od wykonawców posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 20 000 000,00 zł. (pkt 5.1.3 siwz). Termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 19.12.2011 r. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonywana jest nie później niż na dzień składania ofert/wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, co wynika z treści art. 26 ust. 2a i art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niezależnie od szybkości czynności oceny ofert zamawiającego, jej wyniki zawsze opierają się na stanie stwierdzonym w dokumentach, wystawionych zasadniczo przed upływem terminu składania ofert/wniosków. Na gruncie przepisów ustawy Pzp nie jest możliwe badanie aktualności dokumentów po terminie wyznaczonym jako dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nawet w przypadku ich późniejszego uzupełnienia. Ustawodawca nie przewidział procedury umożliwiającej weryfikację aktualności stanu stwierzonego w dokumentach na dzień zakończenia oceny przez zamawiającego i dokonywania wyboru oferty najkorzystniejszej. Przyjęta przez ustawodawcę konstrukcja warunków udziału w postępowaniu i ich oceny zakłada konieczność zbadania sytuacji podmiotu ubiegającego się o zamówienie wyłącznie na dzień złożenia oferty/wniosku i z wynikami tej oceny powiązane zostało stwierdzenie braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24.2 pkt 4 ustawy Pzp.) i ewentualne skierowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.). Mając na uwadze poczynione rozważania, Izba uznała, iż nie zachodziły podstawy do wezwania wykonawcy Mota o uzupełnienie dokumentu – polisy OC, złożonej w ofercie i potwierdzającej fakt bycia ubezpieczonym w wymaganej wysokości.

Odnosnie dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał wykonawcy, których uzupełnienia domagał się odwołujący, w pierwszej kolejności należało odnieść się do wskazanej w odwołaniu podstawy faktycznej zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosił, iż wykonawca Mota w ofercie na stronie 58 i 60 wskazał firmę MANSTEL Bednarczyk, Słowik, Wiącek sp. j., która ma brać udział w realizacji zamówienia poprzez

oddanie do dyspozycji wykonawcy swoich zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia w postaci personelu: Kierownik robót drogowych Artur D. Izba ustaliła, iż na stronie 58 oferty, zawierającej wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia wskazany został jako Kierownik robót drogowych Pan Artur D. – zatrudniony na podstawie umowy o pracę u wykonawcy Mota. Natomiast na stronie 59 oferty wykazany został pracownik podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał w trybie art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp- Kierownik robót branży elektrycznej Pan Bronisław S., również przywołany w treści oświadczenia podmiotu ze str. 60 oferty. Izba uznała, iż błąd odwołującego przy sporządzeniu uzasadnienia, prowadzić musiał do oddalenia zarzutu, gdyż wskazany w uzasadnieniu odwołania Artur D. nie był udostępniony przez podmiot trzeci wykonawcy Mota w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Rozszerzenie uzasadnienia faktycznego zarzutu przez objęcie nim okoliczności udostępnienia Kierownika robót branży elektrycznej, stanowiłoby istotną modyfikację zakresu odwołania, w ocenie składu orzekającego niedopuszczalną. Izba na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. orzeka w granicach podniesionych w odwołaniu zarzutów, których granice wyznaczone zostaje w uzasadnieniu faktycznym i prawnym.

Na marginesie, Izba wskazuje, iż dla stwierdzenia obowiązku przedłożenia przez podmiot trzeci dokumentów, konieczne jest ziszczenie przesłanek wynikających z przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30.12.2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Zgodnie z treści §1 ust. 2 rozporządzenia, powtórzoną w pkt 6.1.7. siwz, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do podmiotów, na których zasobach polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania, jedynie w sytuacji, kiedy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Nie jest więc wystarczające samo stwierdzenie korzystania przez wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego na zasadach wskazanych w przepisie art. 26 ust. 2b, tj. wykazanie możliwości dysponowania tym potencjałem przy wykonaniu zamówienia, konieczne jest także ustalenie udziału tego podmiotu w realizacji części zamówienia. Na podstawie oświadczenia podmiotu trzeciego – firmy MANSTEL (str. 60 oferty) nie wynika, aby zobowiązał się on do udziału w realizacji części przedmiotu zamówienia.

Ostatni zarzut podniesiony w odwołaniu dotyczy stwierdzonej przez odwołującego podstawy skierowania do wykonawcy Mota wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wskazywał jako rażąco niską, niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych cenę zaoferowaną za oprawy oświetlenia zewnętrznego w łącznej ilości 180 sztuk.

Na podstawie zestawienia ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu na identyczny zakres przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła, iż cena oferty Mota była najniższa i wyniosła 29.300.710,51 zł., a kolejne dwie nie przekraczały 30 mln zł. (odpowiednio 29.619.991,12 zł. – Miejskie Przedsiębiorstwo Dróg i Mostów Sp. z o.o. i 29.885.630,56 zł.) Kolejne oferty wahały się od 30 do ponad 42 mln zł. Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę przekraczającą 47 mln zł. Odwołujący wskazywał na istotne znaczenie wycenionych pozycji kosztorysowych dotyczących opraw oświetleniowych 250 W, których łączna wartość w ofercie Mota wyniosła 111.948,62 zł., natomiast w ofertach pozostałych wykonawców ich wartość wahała się od 756.000,00 zł. do 936.000,00 zł.

Zestawienie ofert wskazuje na niezasadność zarzutu odwołującego. Nie można wyłącznie w oparciu o różnice w cenach stwierdzić, iż oferta Mota znacznie odbiega od ofert pozostałych wykonawców, co ewentualnie mogło powodować podejrzenie złożenia rażąco niskiej ceny uzasadniające zwrócenie się o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp. Samo stwierdzenie znacznej różnicy w wycenie jednego z elementów zamówienia nie dowodziło rażąco niskiej ceny całej oferty, chociażby miało ono decydujące znaczenie dla ustalenia kolejności ofert. Odwołujący wskazywał na niebezpieczeństwo nienależytej realizacji tej części przedmiotu zamówienia, co jednak nie mogło być uznane za wystarczające dla wszczęcia procedury zmierzającej do wyjaśnienia elementów kalkulacyjnych oferty. Izba przyznaje, iż znaczące obniżenie ceny opraw mogło powodować podejrzenie niezgodności w tej części przedmiotu świadczenia z wymaganiem zamawiającego o konieczności zastosowania opraw o wyglądzie zbliżonym do przedstawionego w dokumentacji, co jednak nie zostało objęte przedmiotem zarzutu w odwołaniu. Liczne orzecznictwo w tym temacie wskazuje na konieczność badania całej oferty pod kątem wystąpienia rażąco niskiej ceny, co w okolicznościach dotyczących oferty Mota nie mogło prowadzić do uwzględnienia odwołania również w zakresie tego zarzutu.

W związku z przedstawionym uzasadnieniem, odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....