

Sygn. akt: KIO 1619/16

WYROK
z dnia 15 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrotim S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław oraz ZEUS S.A., ul. Obrońców Westerplatte 1, 83-000 Pruszcz Gdański** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej** reprezentowany przez **Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, ul. Nowowiejska 28A, 02-010 Warszawa** w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej (DP) oraz wykonanie robót budowlanych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego zadania „Budowla kompleksu wojskowego na potrzeby 3. Batalionu Łączności NATO (3. NSB) w Bydgoszczy”” (postępowanie znak NCB/8/2016)

przy udziale wykonawcy **WARBUD S.A., ul. Domaniewska 32, 02-672 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania w wysokości **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrotim S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław oraz ZEUS S.A., ul. Obrońców Westerplatte 1, 83-000 Pruszcz Gdański** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrotim S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław oraz ZEUS S.A., ul. Obrońców Westerplatte 1, 83-000 Pruszcz Gdański** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrotim S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław oraz ZEUS S.A., ul. Obrońców Westerplatte 1, 83-000 Pruszcz Gdański** na rzecz zamawiającego - **Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej** reprezentowanego przez **Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, ul. Nowowiejska 28A, 02-010 Warszawa** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 15 września 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1619/16

Zamawiający – Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej reprezentowany przez Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego, ul. Nowowiejska 28A, 02-010 Warszawa prowadzi w trybie przetargu ograniczonego pn.: „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowej (DP) oraz wykonanie robót budowlanych wraz z pełnieniem nadzoru autorskiego zadania „Budowla kompleksu wojskowego na potrzeby 3. Batalionu Łączności NATO (3. NSB) w Bydgoszczy”” (postępowanie znak NCB/8/2016).

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 18.04.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 23.04.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 080-141817.

W dniu **25.08.2016 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na powyższą czynność, tj. dokonanie wyboru oferty WARBUD S.A. oraz nie wykluczenia tego wykonawcy oraz nie odrzucenie jego oferty odwołanie wniósł wykonawca Konsorcjum **Elektrotim S.A., ul. Stargardzka 8, 54-156 Wrocław oraz ZEUS S.A., ul. Obrońców Westerplatte 1, 83-000 Pruszcz Gdański** wskazując, że oferta WARBUD S.A. jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą, a zatem powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ i ustawie a ponadto Warbud powinien zostać wykluczony z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania a jego oferta odrzucona. Oferta wykonawca zawiera również rażąco niską cenę i z tego powodu powinna zostać również odrzucona.

Odwołujący wskazał na naruszenie jego interesu prawnego przez wybór i nie odrzucenie oferty sprzecznej z ustawą i SIWZ co w związku z nieuzyskaniem zamówienia

spowoduje szkodę po stronie odwołującego. Podkreślił, że oferta odwołującego jest druga co oznacza, że w razie odrzucenia oferty Warbud odwołujący może uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Wobec powyższego zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1, 2, ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty niezgodnej z ustawą i treścią SIWZ;
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- naruszenie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie oferty zawierającej rażąco niską cenę;
- naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- naruszenie art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 ustawy Pzp poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy;
- naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, w ten sposób, że przygotowanie i przeprowadzenie postępowania powoduje niezachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz nierówne traktowanie wykonawców;
- naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zmianę treści oferty oraz prowadzenie negocjacji z wykonawcą;
- art. 131 u. ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez uznanie, że Wykonawca nie musi podawać wykazu podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców,
- art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nie wykluczenie wykonawcy Warbud a następnie nie odrzucenie jego oferty z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W uzasadnieniu wskazał, że w dniu 25.08.2016r. Zamawiający rozstrzygnął przetarg, i w dniu 25.08.2016r. informacja o jego wyniku została doręczona do Odwołującego za pośrednictwem faksu.

I. Po analizie przeprowadzonego postępowania przetargowego przez Zamawiającego jak również oferty złożonej przez Warbud, Odwołujący stwierdził, że oferta Warbud jest niezgodna z SIWZ i ustawą Prawo zamówień publicznych i nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy Prawo zamówień publicznych.

1. Podkreślił, że pismem z dnia 12.08.2016r. Zamawiający wezwał Warbud do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy oświadczeniem o przynależności do grupy kapitałowej, gdzie Warbud

wskazał przynależność do grupy kapitałowej a oświadczeniem w trybie art. 131u ust. 1 ustawy Pzp, w którym to oświadczeniu Warbud nie wskazał podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców.

2. W odpowiedzi na wezwanie Warbud wskazał, że nie przewiduje korzystania z podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców zgodnie z art. 131u ustawy Pzp tj. z podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej i wskazał, że jedynym podwykonawcą będzie Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych z Poznania. Po takim wyjaśnieniu Zamawiający wybrał ofertę Warbud. W ocenie Odwołującego z takim rozstrzygnięciem nie można się zgodzić.

3. Warbud przedłożył ofertę, z dokumentem, który nie zawiera informacji wymaganych przez SIWZ oraz ustawę Pzp tj. Wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców gdzie oświadczył, że ten wymóg Warbudu nie dotyczy. Przepis art. 131u mówi w ust. 2 jednoznacznie, że:

2. Wykonawca podaje w ofercie wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, i aktualizuje go po zaistnieniu zmian w stosunkach między podmiotami.

Treść przywołanego przepisu jednoznacznie wskazuje, że nie ma najmniejszego znaczenia, czy Warbud miał zamiar zatrudniać podmioty z grupy kapitałowej jak wyjaśnił w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Obowiązkiem wykonawcy jest podanie w ofercie wykazu podmiotów - przepis jest jednoznaczny i nie ma jakichkolwiek wątpliwości co do jego obowiązywania.

Zdaniem Odwołującego podkreślić również należy, że wykaz podmiotów powinien być aktualizowany podczas wykonywania przedmiotu zamówienia. W zaistniałej sytuacji nie może być mowy o aktualizacji ponieważ Warbud stwierdził, że jego ten obowiązek : „nie dotyczy”. Skoro Warbudu nie dotyczy obowiązek wskazania podmiotów to nie musi on również go aktualizować. Nie odrzucając takiej oferty, w ocenie Odwołującego, Zamawiający akceptuje wadliwy stan prawny.

Ponadto Zamawiający zażądał w SIWZ w artykule XX, dotyczącym informacji o podwykonawcach, w punkcie 6: „Wykonawca podaje w ofercie wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, zgodnie z artykułem 131u ust. 1 ustawy (Prawo zamówień publicznych). W przypadku zaistnienia zmian w trakcie realizacji zamówienia, Wykonawca jest zobowiązany do jego aktualizacji”.

W ocenie Odwołującego w żadnym wypadku Warbud nie jest uprawniony do interpretowania przepisu ustawy oraz SIWZ w celu wyjaśnienia dlaczego przedłożył wadliwy dokument. Gdyby Warbud miał wątpliwości co do konieczności przedłożenia listy podmiotów, w trybie art. 131u ust. 1, to mógł zadać pytanie Zamawiającemu. Przepis art. 131 ust. 1 i 2 ustawy Pzp wskazuje jednoznacznie na określony wymóg - co więcej został on opisany w ustawie w rozdziale 4a Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a zatem wymagających specjalnego traktowania przez wykonawców oraz zamawiających. Ustawodawca umieścił art. 131u w przepisach szczególnych ustawy. Zgodnie z komentarzem *Zapewnienie bezpieczeństwa narodowego należy wyłącznie do obowiązków każdego państwa członkowskiego, zarówno w dziedzinie obronności, jak i bezpieczeństwa. Wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest podstawową zarówno bezpieczeństwa oraz suwerenności państw członkowskich, jak i autonomii Unii. Dlatego też zakupy towarów i usług w sektorach obronności i bezpieczeństwa mają często charakter zakupów newralgicznych. Podstawowym celem wdrożenia dyrektywy 2009/81/WE jest wypełnienie przez Rzeczpospolitą Polską obowiązku wynikającego z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, przy uwzględnieniu znaczenia, jakie mają dla bezpieczeństwa i suwerenności Rzeczypospolitej Polskiej zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz modernizacja i rozwój polskiego przemysłu obronnego. Nabywanie robót budowlanych, sprzętu i usług do celów bezpieczeństwa (w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa) traktuje się jako zakupy o charakterze newralgicznym.* Autorzy fragmentu Nowicki Józef Edmund. Pozostali autorzy komentarza Bazan Aneta Art. 131 (u) art(131(u)) 61766 Józef Edmund J..E. Nowicki.

Jak wskazano w dalszej części uzasadnienia odwołania w obecnych czasach zagrożenia terrorystycznego informacja o podmiotach mających wpływ na wykonawcę pozwala na zwiększenie bezpieczeństwa w zamówieniach newralgicznych.

4. Odwołujący następnie podkreślił, że Warbud nie może decydować samodzielnie, który przepis ustawy czy też SIWZ dotyczy danego wykonawcy, czy też nie. Ustawa Pzp wymaga ścisłego stosowania się do zapisów i nie może być interpretowana dowolnie przez wykonawców.

Stan prawny: 1 września 2015 r. Autorzy fragmentu Nowicki Józef Edmund Pozostali autorzy komentarza Bazan Aneta Art. 131 (u) art(131(u)) 61766 Józef Edmund J.E. Nowicki

Na podstawie art. 131u ust. 2 wykonawca jest obowiązany podać w ofercie wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, i aktualizować go po zaistnieniu zmian w stosunkach między podmiotami.

Tak też w komentarzu do ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Wolters Kluwert Stan prawny: 19 października 2014 r. Autorzy fragmentu Dzierżanowski Włodzimierz. Pozostali autorzy komentarza Jerzykowski Jarosław Stachowiak Małgorzata):

Wykonawca w ofercie podaje wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, i aktualizuje go po zaistnieniu zmian w stosunkach między podmiotami. Zamawiający nie musi informować o tym obowiązku, ponieważ wynika on wprost z prawa. Niezłożenie wykazu powoduje, że oferta jest niezgodna z ustawą i podlega odrzuceniu. Brak bowiem podstaw do uznania, że wykaz jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu zgodnie z regulami art. 26 ust. 3 jako niesłużący wykazaniu spełnieniu warunków.

Jak wskazał Odwołujący powyższe potwierdza również ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: Zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2012 r. KIO 1634/12: *Ponieważ za ofertę niezgodną z ustawą należy uznać taką ofertę, która narusza jakikolwiek przepis p.z.p. lub przepis wykonawczy, wydany z upoważnienia ustawowego, a poprzez złożenie dwóch oświadczeń (a tym samym dwóch ofert) naruszony został art. 82 ust. 1 p.z.p., oferta podlega odrzuceniu. Powyższe stanowi bowiem samodzielną przesłankę odrzucenia oferty.*

KIO/UZP 509/10; KIO/UZP 510/10 - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych LEX nr 598424 - wyrok z dnia 23 kwietnia 2010 r.

1. Siwz należy interpretować jako całość, a składając ofertę wykonawca powinien dokładać należytej staranności, by była ona w pełnym zakresie zgodna z treścią siwz, w tym z projektem umowy, oraz z obowiązującymi przepisami. Gdy wykonawca składając ofertę pomija niektóre postanowienia siwz, wybiórczo - bez uwzględnienia właściwości danego zamówienia - bierze pewne wymagania siwz pod uwagę, a innych, uznając je za nieistotne, nie - musi liczyć się z ryzykiem odrzucenia jego oferty jako nie odpowiadającej treści siwz.

KIO/KD 8/16, *Odrzucenie oferty w przypadku jej niezgodności z treścią SIWZ. - Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych LEX nr 2023744 - uchwała z dnia 1 lutego 2016 r. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty w każdym przypadku niezgodności oferty z treścią SIWZ, jeżeli tej niezgodności nie da się poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p.*

5. Jednocześnie, jak wskazano w dalszej części uzasadnienia odwołania, Warbud podał nieprawdziwe informacje wskazując, że obowiązek wskazania podmiotów zgodnie z art. 131u ustęp 2 go nie dotyczy. W ocenie Odwołującego skoro funkcjonuje w grupie kapitałowej to w takiej sytuacji powinien podać wykaz podmiotów zgodnie z ustawą i SIWZ. Istotnym jest, które podmioty mogą w danym postępowaniu występować jako podwykonawcy czy też nie mogą. Późniejsze wyjaśnienia, że podmioty z grupy kapitałowej nie będą podwykonawcami nie mają znaczenia albowiem nie zmienia to obowiązku informowania Zamawiającego o podmiotach, które nie mogą być uznane za podwykonawców jak również nie zmienia podania nieprawdziwych informacji przez Warbud w oświadczeniu. Z kolei wskazania tych podmiotów stanowiłoby zmianę treści ofert – co, w ocenie Odwołującego, jest niedopuszczalne w ramach ustawy Pzp.

6. Odwołujący wskazał również na nierówne traktowanie wykonawców - odrzucenie oferty Konsorcjum: ELEKTROBUD - GRUDZIĄDZ Sp. z o.o.; Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych Sp. z o.o. oraz ERBUD S.A. z powodu braku wykazu podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców. W jego ocenie działanie Zamawiającego narusza art. 7 ustawy Pzp z uwagi na odrzucenie oferty konsorcjum a pozostawienie oferty WARBUD S.A. W ocenie Zamawiającego przedstawienie przez Warbud załącznika, w którym nie wskazał żadnego podmiotu jest zgodne z SIWZ i ustawą Pzp mimo, że de facto jest to identyczny brak jak w przypadku odrzuconej oferty konsorcjum. W takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien odrzucić wszystkie oferty niezgodne z ustawą albowiem wymaga tego równe traktowanie wszystkich podmiotów biorących udział w postępowaniu.

II. W ocenie Odwołującego oferta Warbud zawiera również rażąco niską cenę. Podkreślił, że wykonawca przedstawił co prawda wyjaśnienia po zapytaniu zamawiającego, co do rażąco niskiej ceny jednak zastrzegł część wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Analiza oferty wskazuje jednak, że przedmiotu zamówienia nie można wykonać w cenie wskazanej przez Warbud – co zdaniem Odwołującego oznacza, że jest to cena nierealistyczna.

Tak też wskazano w komentarzu do ustawy Pzp:

Definicję rażąco niskiej ceny przedstawiono w jednej z opinii Urzędu Zamówień Publicznych, gdzie podkreślono, że za ofertę z rażąco niską ceną uznaje się tę, która zawiera m.in. cenę „niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień”, co oznacza „cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej” 1 . Natomiast rażąco niska cena w świetle wyroków KIO to „cena nierealna, niepozwalająca na

realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku” (wyrok KIO z dnia 23 września 2010 r., KIO/UZP 2004/10). Komentarz praktyczny do ustawy Pzp, Lex, Autor: Skubiszak-Kalinowska Irena Rodzaj: komentarz praktyczny.

W dalszej części uzasadnienia wskazano, że Zamawiający przygotowując przetarg założył koszty wykonania przedmiotu zamówienia o 40% wyższe niż Warbud. W takiej sytuacji nie sposób uznać ceny Warbudu za cenę realną zwłaszcza, że przedmiot zamówienia realizowany jest w formule „zaprojektuj i wybuduj”, gdzie ryzyko jest zwiększone z uwagi na nieprzewidziane okoliczności mające miejsce przy projektowaniu. W zaistniałej sytuacji istnieje prawdopodobieństwo, że Warbud nie posiada odpowiedniego doświadczenia przy wykonywaniu tego typu inwestycji (niedoszacowanie oferty) lub znajduje się w sytuacji przymusowej (np. brak zamówień), która powoduje wykonanie zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy. W ocenie Odwołującego takie działanie może powodować nie wykonanie zamówienia publicznego lub wyzysk ze strony Zamawiającego (art. 388 kodeksu cywilnego).

Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, trudno przyjąć za wiarygodne wyjaśnienia Warbudu co do rażąco niskiej ceny ponieważ wskazuje w swoich wyjaśnieniach, że zatrudni tylko jednego podwykonawcę tj. Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych Sp. z o.o. z Poznania. Natomiast w piśmie z dnia 11.08.2016r. w sprawie rażąco niskiej ceny przedstawia oferty innych podwykonawców: SAT-SYSTEM oraz TELBUD. W ocenie Odwołującego skoro zamierza korzystać z ofert tych podwykonawców to w takim wypadku nieprawdziwe jest oświadczenie co do zatrudnienia tylko jednego podwykonawcy i oferta jest niezgodna z wymogami SIWZ oraz ustawą i powinna, w ocenie Odwołującego, zostać odrzucona. Z drugiej strony jeżeli cena została ustalona na podstawie ofert podmiotów, które nie będą podwykonawcami to dowody przedstawione przez Warbud nie mogą być brane pod uwagę przez zamawiającego (albowiem czynniki cenotwórcze podane w ofertach SAT- SYSTEM oraz TELBUD są wskazane tylko i wyłącznie na potrzeby wyjaśnień wobec Zamawiającego i nie mogą stanowić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny).

Jak wskazał Odwołujący należy również dodać, że podmioty, których oferty zostały przyjęte do ustalenia ceny Warbudu nie mogły brać udziału w wizji lokalnej jako nie zgłoszeni podwykonawcy, a zatem firmy te nie mogły przedstawić realnej oferty cenowej nie znając przedmiotu zamówienia. Podmioty te, w ocenie Odwołującego, nie mogły również zapoznać się z materiałami przetargowymi albowiem jak wynika ze strony internetowej Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego nie mają certyfikatu bezpieczeństwa NATO Confidential

pozwalającego na wgląd w dokumentację przetargową zgodnie z zapisami SIWZ pkt.XX. Informacja dotycząca podwykonawstwa ust.8 ppkt.9).

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, został naruszony jego interes prawny - tak więc na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ustawy Pzp wykonawca składa niniejsze odwołanie, wnosząc jednocześnie o:

1. Uwzględnienie odwołania mając na uwadze, że naruszenie przepisów miało istotny wpływ na wynik postępowania.
2. Unieważnienia wyboru oferty z dnia 25.08.2016r.
3. Powtórzenie czynności oceny merytorycznej dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w niniejszym postępowaniu.
4. Odrzucenie oferty Warbud, która jest sprzeczna z treścią SIWZ i ustawą i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego jako oferta nie spełniająca wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ i ustawie.
5. Wybór oferty Odwołującego jako spełniającej warunki SIWZ i najkorzystniejszej oferty spośród nie odrzuconych ofert na podstawie kryteriów oceny ofert, określonych w SIWZ.
6. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenia odwołania podniesionego przez Zamawiającego ze względu na niewłaściwe oznaczenia strony w treści odwołania, tj. oznaczenie nazwy Zamawiającego.

Izba postanowiła oddalić powyższy wniosek o odrzucenie odwołania, wskazując na treść art. 187 ust 3 ustawy PZP, z którego wynika, iż nieprawidłowości w oznaczeniu Zamawiającego mogą zostać usunięte jako błąd formalny odwołania. Ponadto Izba wskazuje, iż w treści ogłoszenia o zamówieniu, jako podmiot Zamawiający został wskazany Zakład Inwestycji Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego oraz w punkcie I.4 iż postępowanie nie jest prowadzone w imieniu innych instytucji Zamawiających. Tym samym ze względu na tryb postępowania, tj. przetarg ograniczony, w ramach którego ogłoszenie stanowi zasadniczą informację okolicznościach związanych z postępowaniem, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenie odwołania na podstawie art. 189. ust 2. pkt 1 ustawy Pzp. Informacja powyższa bowiem nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla wykonawców, w tym w szczególności tak daleko idącymi jakimi jest odrzucenie odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu drugą w kolejności ofertę, zaś skierowanie zarzutów wobec oferty uznanej za najkorzystniejszą powoduje, iż w przypadku uwzględniania odwołania ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego (w szczególności w zakresie wyjaśnień odnoszących się do wykazu z art. 131u ust. 2 ustawy Pzp oraz wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny udzielonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oparte na art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Izba dopuściła również dowody złożone przez Odwołującego w postaci odpisów informacji KRS dla podmiotów powiązanych z Przystępującym oraz dowodów złożonych przez Przystępującego w postaci tabeli wzrostu

wskaźników cen towarów i usług prezentowanej przez GUS oraz pisma dostawcy asortymentu oświetleniowego wskazującego na spadek cen tych artykułów.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu w pkt II.1.7. zatytułowanym „Informacje na temat podwykonawstwa” wskazał, że „Oferent ma obowiązek wskazać w swojej ofercie część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podać wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiot umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani. Oferent ma obowiązek poinformować o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia”.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale XX SIWZ w pkt 6 wskazał, że: „Wykonawca podaje w ofercie wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, zgodnie z art. 131u ust. 1 Pzp. W wypadku zaistnienia zmian w trakcie realizacji zamówienia, Wykonawca jest zobowiązany do jego aktualizacji”.

Izba ustaliła również, że w Rozdziale XX SIWZ w pkt 14 zostało wskazane: „W przypadku braku możliwości wskazania podwykonawcy na etapie składania oferty, dokumenty w zakresie podwykonawcy należy złożyć na etapie realizacji zamówienia”.

Następnie Izba ustaliła, iż w ramach postępowania zostały złożone następujące oferty:

1. Oferta Nr 1 Konsorcjum AGAT S.A. z siedzibą w Koluszkach oraz IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną ofertową wynoszącą 84.624.000,00 zł brutto;
2. Oferta Nr 2 Konsorcjum ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz ZEUS S.A. z ceną ofertową wynoszącą 56.383.200,00 zł brutto;
3. Oferta Nr 3 Konsorcjum ELEKTRBUD-GRUDZIĄDZ Spółka z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną ofertową wynoszącą 62.480.000,00 zł brutto;

4. Oferta Nr 4 WARBUD S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną ofertową wynoszącą 46.734.747,51 złotych brutto.

Nadto Izba ustaliła, iż do oferty WARBUD S.A. na str. 5 oferty w pkt II.2 formularza ofertowego został jako podwykonawca wskazane Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz na str. 12 oferty wykaz podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców, w ramach którego w tabeli w rubrykach „nazwa podmiotu” oraz „adres podmiotu” zostało wpisane „nie dotyczy”.

Izba ustaliła ponadto, iż Zamawiający pismem z dnia 12.08.2016 r. wezwał na podstawie art. 87 ustawy Pzp Przystępującego – WARBUD S.A. do złożenia wyjaśnień w zakresie odnoszącym się do ww. pkt 6 Rozdziału XX SIWZ oraz art. 131u ust. 1 ustawy Pzp wskazując, że Przystępujący załączył wykaz, w którym nie został wskazany żaden podmiot, o którym mowa w art. 131u ust. 1 ustawy Pzp, mimo iż Wykonawca załączył oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej (załącznik nr 6 do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wraz z listą podmiotów wchodzących w jej skład.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący pismem z dnia 19.08.2016 r. wskazał, iż pomiędzy wykazem podmiotów wchodzących w skład grupy kapitałowej a wykazem składanym na podstawie art. 131u ustawy Pzp nie ma rozbieżności. WARBUD S.A. następnie wskazał, że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej pozostaje nadal aktualna, zaś w wykazie składanym na podstawie art. 131u ustawy Pzp nie wskazał żadnych podmiotów, gdyż nie przewiduje korzystania przy realizacji zamówienia z podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców zgodnie z art. 131u ustawy Pzp, tj. podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. W ocenie Przystępującego powyższe informacje są spójne z oświadczeniem dotyczącym podwykonawców zawartym w pkt II.2 oferty, gdzie został wskazany tylko jeden podwykonawca – Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych z siedzibą w Poznaniu, który nie jest podmiotem o którym mowa w art. 131u ustawy Pzp – zatem nie umieszczony w ww. wykazie. W dalszej części wyjaśnień Przystępujący podniósł, iż Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania nie zobowiązał wykonawców do zawarcia umowy o podwykonawstwo, o której mowa w art. 131m ustawy Pzp i następnych i w konsekwencji wykonawca miał swobodę w wyborze podwykonawców. Przywołał również przepisy Dyrektywy 2009/81/WE, w szczególności art. 50 w związku z art. 21 ust. 2 i 4 Dyrektywy wskazując, że mając na uwadze, że przepisy prawa polskiego powinny być interpretowane w sposób zgodny z przepisami prawa unijnego to lista podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców zgodnie z art. 131u ustawy Pzp będzie miała zastosowanie jedynie w sytuacji, w której Zamawiający nałoży na wykonawcę obowiązek zawarcia umowy o podwykonawstwo, o której mowa w art. 131m

ustawy Pzp, a w konsekwencji wykonawca będzie musiał wyłonić podwykonawców w trybie konkurencyjnym określonym w art. 131m i następnych.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający pismem datowanym na dzień 04.08.2016 r. wezwał Przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący pismem z dnia 11.0.2016 r. złożył wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym w punkcie IV objął złożone informację zastrzeżeniem jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W ramach ogólnych rozważań

Zamawiający pismem z dnia 25.08.2016 r. zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznana została oferta wykonawcy WARBUD S.A. uzyskując łącznie 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oferty Konsorcjum ELEKTROBUD-GRUDZIĄDZ Spółka z o.o., Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie ze względu na brak złożenia wykazu podmiotów, które nie mogą być uznane za podwykonawców w oparciu o art. 131u ustawy Pzp.

Na powyższą czynność Odwołujący wniósł odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. W zakresie odnoszącym się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 87 ust. 1 w związku z art. 131u ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zakresie wykazu podmiotów, które nie mogą stać się podwykonawcami składanego na podstawie art. 131u ust. 1 i 2 w związku z art. 131m ustawy Pzp Izba wskazuje, iż instytucja obligująca wykonawców do złożenia takiego wykazu i jego aktualizowania nie stanowi samodzielnego wymogu w ramach postępowania z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie Izba w niniejszym składzie w całej rozciągłości podzieliła argumentację zaprezentowaną na rozprawie i w pismach procesowych przez Przystępującego oraz Zamawiającego. Argumenty w powyższym zakresie były również

podnoszone przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w piśmie z dnia 12.08.2016 r.

W tym zakresie Izba pragnie wskazać, iż po pierwsze Zamawiający nie formułując, co było niesporne pomiędzy stronami, wymogu w oparciu o art. 131m ustawy 1 ustawy Pzp zobowiązującego wykonawców do zawarcia umów o podwykonawstwo nie miał prawnych podstaw do żądania w tym zakresie złożenia i aktualizowania wykazu na zasadzie ujętej w treści przepisu art. 131u ust. 2 ustawy Pzp. W ocenie Izby powyższa konkluzja jasno wynika, zarówno z systemowej, jak również celowościowej wykładni przepisów odnoszących się do podwykonawstwa ujętych w Rozdziale 4a ustawy Pzp zatytułowanym „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”. Analogiczne wnioski pozwala również wyciągnąć analiza przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zmieniającej dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 2016 z 20 sierpnia 2009 r., str. 76 z późn. zm.), w szczególności jej art. 50 w zw. z art. 21 ust. 3 i 4, z których jednoznacznie wynika, że obowiązek złożenia wykazu podmiotów, które nie mogą być podwykonawcami, materializuje się wówczas, gdy podmiot zamawiający nałoży w ramach konkretnego postępowania na wykonawców obowiązek zaangażowania podwykonawców, gdyż złożenie tego wykazu jest ściśle powiązane z ww. obowiązkiem.

Celem żądania złożenia takiego wykazu jest bowiem możliwość ustalenia, na każdym etapie postępowania oraz na każdym etapie realizacji zamówienia, które podmioty, w związku z zobowiązaniem wykonawcy do zawarcia umów o podwykonawstwo, nie mogą zostać uznane za podmioty trzecie wobec wykonawcy ze względu na istniejącą powiązania, które zdefiniowane zostały w treści art. 131u ust. 1 ustawy Pzp, i tym samym, celem złożenia tego wykazu jest zapewnienie realności podzlecenia części zamówienia, która to możliwość została przyznana podmiotom zamawiającym aby zapewnić realizację założeń określonych przez unijnego ustawodawcę zmierzających do wspierania małych i średnich przedsiębiorstw. Taki wniosek wysuwa się również w wyniku analizy art. 50 ust. 2 Dyrektywy 2009/81/WE. Tym samym złożenie wykazu nie ma charakter bezwarunkowego i samodzielnego, gdyż pełni ono określony cel, którego istnienie można w sposób łatwy ustalić dokonując systemowej i celowościowej wykładni art. 131u ust. 1 i 2 w zw. z art. 131m ust. 1, art. 131m ust. 5 i 6 oraz art. 131n ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw do żądania powyższego wykazu na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia – a tym samym nie sposób uznać, iż jego brak lub wadliwość mogły stanowić podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego. Tym samym Izba uznał, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Izba nie dopatrzyła się również w zakresie wykazu prowadzenia przez Zamawiającego i Przystępującego niedopuszczalnych negocjacji odnoszących się do treści złożonej oferty. Wszakże w ramach udzielonych wyjaśnień Przystępujący odniósł się jedynie do informacji ujętych we wniosku oraz w złożonej ofercie przywołując na potwierdzenie swojego stanowiska przepisy prawa (zarówno krajowego, jak również prawa UE) wraz z ich wykładnią.

Jedynie ma marginesie Izba wskazuje, iż Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania i tak posiada pełną kontrolę nad podmiotami, którym wykonawcy będą chcieli podzlecić realizację części zamówienia. Wszakże na mocy art. 131r ust. 1 – 4 ustawy Pzp podmiot zamawiający ma zapewnioną pełną kontrolę nad wyborem podwykonawców, zarówno na etapie ubiegania się o zamówienie, jak również na etapie realizacji. Powyższy przepis ma bowiem charakter ogólny i odnosi się nie tylko do podwykonawstwa, które było wynikiem zobowiązania narzuconego przez zamawiającego, lecz do wszelkiego jego rodzaju.

Tym samym biorąc pod uwagę powyższe argumenty Izba uznała, iż brak było podstaw do uwzględnienia zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, art. 87 ust. 1 w związku z art. 131u ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

2. W ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba poddała szczegółowej analizie wyjaśnienia Przystępującego złożone na wezwanie Zamawiającego skierowane w oparciu o art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (objęte zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa) i uznała, iż Zamawiający miał prawo uznać je za wyczerpujące i wskazujące na okoliczność, że zaoferowana cena nie nosi cech ceny rażąco niskiej. W szczególności Izba podała szczegółowe wyjaśnienia, które zostały objęte przez Przystępującego zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa uznając, że ten ostatni wykazał, iż znajduje się w uprzywilejowanej ekonomicznej i organizacyjnej sytuacji pozwalającej na skalkulowanie wynagrodzenia na poziomie niższym niż pozostali wykonawcy. Przystępujący wskazał bowiem na posiadane doświadczenie z inwestycjami obejmującymi obiekty wojskowe, realizowanymi w koncepcji „zaprojektuj wybuduj” (str. 2 pkt 3 części jawnej wyjaśnień), wskazał na znajomość terenu inwestycji wynikającą z podniesionego w trakcie rozprawy faktu, iż realizował na tym samym obszarze inwestycję o większym stopniu skomplikowania dla Wojskowych Zakładów Lotniczych Nr 2 obejmujących hangary oraz malarnię (jak również str. 5 pkt 2 części zastrzeżonej wyjaśnień). Przystępujący wskazał ponadto m.in. w zastrzeżonej części wyjaśnień, iż dysponuje własnym zapleczem oraz urządzeniami (str. 4 pkt 1 lit. b i c części zastrzeżonej wyjaśnień), dzięki którym posiada pełną ekonomiczną niezależność, wskazał na istnienie po jego stronie sprzyjających okoliczności będących wynikiem funkcjonowania w ramach rozbudowanej struktury

korporacyjnej (str. 2 pkt 5 części jawnej wyjaśnień), jak również założył w ramach kalkulacji efekt skali prowadzonej przez niego działalności (str. 5 pkt 3 lit. a i b zastrzeżonej części wyjaśnień). Izba uznała również za racjonalne wyjaśnienia, w ramach których Przystępujący wskazał wskaźniki cenotwórcze dla wyliczenia wynagrodzenia (średnie ceny z II kwartału wydawnictwa SEKOCENBUD), jak również przedstawił na rozprawie dowody wskazujące na tendencję zniżkową w zakresie cen materiałów i usług związanych z budownictwem.

Izba odnosząc się do stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie wskazuje, iż każda okoliczność dająca podmiotowi przewagę konkurencyjną, ekonomiczną oraz organizacyjną może i powinna być brana pod uwagę w ramach wyjaśnień składanych na wezwanie oparte o treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przeciwnym bowiem wypadku sprostanie ciężarowi wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny byłoby zadaniem niewykonalnym. Nie sposób zatem przyjąć założeń Odwołującego, iż niektóre z elementów wyjaśnień złożonych przez WARBUD S.A. działają na jego niekorzyść, gdyż wskazują np., że przy weryfikacji wyliczonego wynagrodzenia dla robót instalacyjnych posługiwał się pomocą podmiotów zewnętrznych.

Izba oceniając w ramach zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej czynność Zamawiającego uwzględniła również zaprezentowane przez tego ostatniego okoliczności, którymi kierował się uznając, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie nosi cech ceny rażąco niskiej. Wśród tych okoliczności należy wymienić formułę w jakiej realizowane jest inwestycja, rodzaj przewidzianego wynagrodzenia, fakt, iż Przystępujący ubiega się samodzielnie o udzielenie zamówienia, jak również okoliczność, że przedstawił wraz z wyjaśnieniami podstawy kalkulacji wynagrodzenia (wraz z wyjaśnieniami ujętymi na str. 7 pkt zastrzeżonej części wyjaśnień), wśród których Izba nie dopatrzyła się odbiegających od rynkowych cen cząstkowych, jak również pominięcia poszczególnych elementów zamówienia. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach zaprezentował również rozwiązania odnoszące się do infrastruktury wewnętrznej budynku (str. 7 – 10 pkt 6.1 – 6.11 części zastrzeżonej wyjaśnień wraz z kosztorysami ofertowymi). W załączonych kosztorysach przyjęto realną stawkę roboczogodziny, poziom cen dla II kwartału 2016 r., realne wartości procentowe kosztów zakupu, kosztów pośrednich oraz zysku. Dodatkowo do wyjaśnień dołączone oferty od poddostawców materiałów i urządzeń, ofertę na prace projektowe oraz wyniki badań stanu warunków gruntowych dla sąsiadujących z miejscem inwestycji nieruchomości. W ocenie Izby jako okoliczność przemawiającą za oddaleniem zarzutu z art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp wskazać również należy fakt, iż jak wskazał w toku rozprawy Przystępujący, weryfikował wyliczone przez siebie wynagrodzenie w zakresie robót instalacyjnych u podmiotów zewnętrznych – tak aby uzyskać pewność rzetelności własnej kalkulacji.

W ocenie Izby takie działania tylko uwiarygadnia złożone wyjaśnienia oraz prezentuje profesjonalne podejście do kalkulacji - i w tym miejscu nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że działania takie przemawia na niekorzyść Przystępującego.

Wskazać bowiem należy, iż ocena wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i samo powzięcie przez Zamawiającego wątpliwości w tym zakresie są obarczone pewnym zakresem subiektywizmu. Wszakże w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest mowa o „wątpliwościach zamawiającego”, zaś w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (w obecnym oraz poprzednim brzmieniu) o „dokonanej ocenie wyjaśnień” – a zatem subiektywnymi okolicznościami zależnymi od podmiotu zamawiającego.

W tym miejscu wskazać również należy, iż w ocenie Izby Przystępujący sprostał ciążącemu na nim ciężarowi dowodowemu, który to obowiązek ciążył na nim zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również na etapie postępowania odwoławczego. Składając obszernie i szczegółowe wyjaśnienia oraz powołując się na nie w toku postępowania odwoławczego, przedkładając dowody wskazujące na istnienie tendencji zniżkowej cena w branży budowlanej dokonał, w ocenie Izby, przerwania ciężaru dowodu na Odwołującego. Pomimo objęcia wyjaśnień Przystępującego zastrzeżeniem jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołujący mógł bowiem dokonać wyliczenia np. minimalnego wynagrodzenia za jakie istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia – czego jednak nie uczynił. Wówczas bowiem istniałaby możliwość skonfrontowania ceny obliczonej przez Przystępującego i złożonych przez niego wyjaśnień przy uwzględnieniu takiego wyliczenia. Przy braku takich wyliczeń cenę zaoferowaną przez Przystępującego należy uznać za cenę rynkową popartą złożonymi wyjaśnieniami i szczegółowymi kalkulacjami dołączonymi wraz z pismem zawierającym ww. wyjaśnienia.

Tym samym w tak zakreślonych okolicznościach faktycznych brak było podstaw do uwzględnienia zarzutów z art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z obszernego i jednolitego orzecznictwa sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która nie gwarantuje możliwości należytego spełnienia świadczenia, jest nierealna i w sposób nie budzący wątpliwości została omyłkowo lub w sposób celowy skalkulowana na poziomie rażąco odbiegającym od cen rynkowych, zaś okoliczność ta wynika z okoliczności faktycznych ustalonych przez podmiot zamawiający na etapie postępowania lub organ orzekający w ramach rozpoznawania środków ochrony prawnej. W niniejszej sprawie istniejące okoliczności faktyczne, w tym złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie zostały w żadnej sposób podważone. A zatem Izba oceniając w ramach zarzutów czynność Zamawiającego uznała, że nie miał on podstaw do odrzucenia oferty WARBUD S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

3. W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp na skutek nierównego traktowania wykonawców, który to zarzut Odwołujący wywiódł z okoliczności odrzucenia w ramach postępowania oferty Konsorcjum ELEKTROBUD-GRUDZIĄDZ Spółka z o.o., Wojskowe Biuro Projektów Budowlanych Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie ze względu na niezłożenie wykazu z art. 131u ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. W tym zakresie Izba jako podstawę jego uwzględnienie przyjmuje w całości argumentację zaprezentowaną w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Jednakże w tym miejscu wskazać należy, przychyłając się w całości do argumentacji Zamawiającego i częściowo do argumentacji Przystępującego w tym zakresie, iż samo uwzględnienie powyższego zarzutu, w istniejących w ramach niniejszego postępowania okolicznościach, nie może przesądzić o uwzględnieniu niniejszego środka ochrony prawnej.

Otóż aby mogło dojść do uwzględnienia odwołania w przypadku potwierdzenia się któregośkolwiek z zarzutów odwołania konieczne jest spełnienie przynajmniej jeszcze jednej przesłanki uregulowanej w treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Stwierdzone naruszenie, jak wynika z ww. przepisu, winno oddziaływać na wynik postępowania, przez który rozumieć należy wybór oferty najkorzystniejszej lub unieważnienie postępowania. Zatem jego uwzględnienie nie może przesądzać o uwzględnieniu odwołania, gdyż w żadnej z konfiguracji nie może oddziaływać na wynik postępowania, przez który uważać należy wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba nie podzieliła jednak argumentu podniesionego na rozprawie przez Przystępującego, iż ze względu na treść art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, zarzut ten winien zostać pozostawiony bez rozpoznania ze względu na brak interesu w jego podnoszeniu. Ujęte w powyższym przepisie prawo do korzystania ze środków ochrony prawnej odnosi się bowiem do odwołania jako całości – nie zaś do jego poszczególnych zarzutów. Powyższe, a więc istnienie interesu i możliwości poniesienia szkody, jest bowiem oceniane przy uwzględnieniu wszystkich podniesionych zarzutów, zakresu zaskarżenia, stanu postępowania o udzielenie zamówienia, zaś w zakresie odwołaniu odnoszącego się do treści ogłoszenia lub SIWZ niekiedy również przy uwzględnieniu sformułowanych w odwołaniu żądań.

4. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez nie wykluczenie wykonawcy Warbud a następnie nie odrzucenie jego oferty z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania Izba uznała, iż zarzuty te, jak wynika z treści odwołania, stanowią zarzuty wynikowe – a zatem przy oddaleniu zarzutów z nimi powiązanych, tj. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 131u ust. 1 i 2 ustawy Pzp dzielą one ich los.

Jak bowiem wskazał Odwołujący w uzasadnieniu odwołania Warbud podał nieprawdziwe informacje wskazując, że obowiązek wskazania podmiotów zgodnie z art. 131u ustęp 2 go nie dotyczy. Tym samym w ocenie Odwołującego skoro funkcjonuje w grupie kapitałowej to w takiej sytuacji powinien podać wykaz podmiotów zgodnie z ustawą i SIWZ.

Tym samym ze względu na poczynione przez Odwołującego powiązanie zarzutu z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z innymi oddalonymi zarzutami zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

5. W zakresie zarzutów naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz zarzutu naruszenia art. 2 pkt. 5 oraz art. 91 ustęp 1 ustawy Pzp poprzez nie wybranie najkorzystniejszej oferty z uwagi na to, że wybrana oferta nie spełnia wymogów SIWZ oraz ustawy Izba uznając czynność wyboru jako czynność wynikową, zaś ewentualny zarzut z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako zarzut związany z pozostałymi zarzutami, w tym zarzutom z art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp – uznając je za bezzasadne.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....

