

Sygn. akt: KIO 285/18
KIO 299/18

WYROK
z dnia 28 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: **Marcin Jakóbczyk**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 28 lutego 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 15 lutego 2018 r. przez Wykonawcę **EUROTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Zabrze przy ul. Bronisława Hagera 41 (41-800 Zabrze) (sygn. akt KIO 285/18);
- B) w dniu 19 lutego 2018 r. przez Wykonawcę **Przedsiębiorstwo Remontów Mostów Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Nad Bytomką 1 (44-100 Gliwice) (sygn. akt KIO 299/18)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Gliwice**, Urząd Miejski w Gliwicach ul. Zwycięstwa 21 (44-100 Gliwice)

przy udziale

Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów Spółka Akcyjna** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Nad Bytomką 1 (44-100 Gliwice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 285/18 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **FIL-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gliwicach przy ul. Gen. Władysława Sikorskiego 115a (44-103 Gliwice) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 299/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

- A.** Uwzględni odwołanie wniesione przez Wykonawcę EUROTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert złożonych na część II, w tym unieważnienie wykluczenia z postępowania Odwołującego oraz powtórzenie czynności wyboru ofert złożonych na część II (sygn. akt KIO 285/18);
 - B.** Oddała odwołanie wniesione przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S. A. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 299/18);
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego Miasto Gliwice (sygn. akt KIO 285/18) oraz Wykonawcę Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S. A. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 299/18) i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40.000 zł 00 gr.** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców: EUROTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (sygn. akt KIO 285/18), Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S. A. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 299/18), tytułem wpisu od odwołań;
 - 2.2 zasądza odpowiednio od Zamawiającego Miasta Gliwice (w sprawie sygn. akt KIO 285/18) oraz Wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S. A. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 299/18) na rzecz: Wykonawcy EUROTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (sygn. akt KIO 285/18) oraz Zamawiającego Miasta Gliwice (sygn. akt KIO 599/18) kwotę **28.100 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia osiem tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów stron poniesionych w związku z: wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego w sprawie KIO 285/18 oraz wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego i kosztami dojazdu w sprawie o sygn. akt KIO 299/18, w tym:
 - 2.2.1 od Zamawiającego na rzecz Wykonawcy EUROTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze kwotę **23.600 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) (sygn. akt KIO 285/18);
 - 2.2.2 od Wykonawcy Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach na rzecz Zamawiającego kwotę **4.500 zł. 00 gr.** (słownie: cztery tysiące pięćset złotych zero groszy) (sygn. akt KIO 299/18).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Gliwice, w trybie przetargu nieograniczonego w celu zawarcia umowy ramowej dla zadania *modernizacja kanalizacji deszczowej na terenie Miasta Gliwice* (nr postępowania: ZA.271.138.2017), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich 2017/S 232-483227 w dniu 2 grudnia 2017 r., wobec czynności badania i oceny ofert złożonych na część 2 zamówienia, zostały wniesione w dniu 15 lutego 2018 r. oraz 19 lutego 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze (sygn. akt KIO 285/18), Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S.A. z siedzibą w Gliwicach (sygn. akt KIO 299/18).

O czynnościach Zamawiającego Wykonawcy zostali poinformowani w dniu 9 lutego 2018 r. w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej na część I (zadanie nr 1) i część II (zadanie nr 2).

I. Sygn. akt KIO 285/18

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 285/18 Odwołujący – Eurotech Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności w postępowaniu na część 2 (zadanie nr 2), będących wynikiem:

- zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia;
- wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania złożonej oferty za odrzuconą;
- zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Na skutek tych czynności i zaniechań do jakich doszło przy ocenie i badaniu oferty Odwołującego Zamawiający dopuścić miał się naruszenia:

- a) art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez zaniechanie obligatoryjnej czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu;
- b) art. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy poprzez bezpodstawne uznanie, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wykluczenie Odwołującego z postępowania;
- c) art. 24 ust.4 Ustawy poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą wobec nieuprawnionego wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- d) art. 91 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego;;

e) art. 7 ust. 1 Ustawy w zw. z w/w przepisami poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na uniemożliwieniu Odwołującemu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, mimo ustawowego obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów, w przypadku niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wnosi o unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, nakazanie Zamawiającemu ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego, w tym wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (doświadczenia zawodowego), powtórzenie czynności wyboru oferty na zadanie nr 2 i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego.

Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na pierwszym miejscu, co oznacza że miał on realną szansę na zawarcie umowy ramowej i późniejsze uzyskanie zamówienia.

Warunkiem udziału w postępowaniu na zadanie nr 2 było między innymi posiadanie zdolności technicznej lub zawodowej badanej na podstawie zrealizowanej w sposób należyty, w szczególności zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończonej (w ramach jednej lub kilku umów) co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na: *remontach, modernizacji lub budowie wpustów deszczowych w ilości co najmniej 100 szt.; remontach, modernizacji lub budowie studni kanalizacyjnych w ilości co najmniej 100 szt.; remontach lub budowie chodników z kostki betonowej w ilości co najmniej 800 m²; **remontach lub budowie nawierzchni asfaltowej w ilości co najmniej 200 m²; budowie kanalizacji dla średnic od DN 250 do DN 350 włącznie co najmniej 1300 mb; budowie kanalizacji dla średnic od DN 400 włącznie do DN 500 włącznie co najmniej 400 mb; budowie kanalizacji dla średnic od DN 600 włącznie do DN 800 włącznie co najmniej 200 mb.***

Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu na formularzu JEDZ, nie zamieszczając instrukcji co do sposobu jego wypełnienia. Po wezwaniu Zamawiającego na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 1 Ustawy wykonawca został zobowiązany do złożenia wykazu robót budowlanych (załącznik nr 8 do siwz) wraz z dowodami określającymi czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone.

Zamawiający w dniu 22.01.2018 r wezwał Odwołującego do uzupełnienia JEDZ wskazując, iż do oferty nie został on dołączony. W cz. IV JEDZ Kryteria kwalifikacji Odwołujący wskazał łącznie 13 robót, z czego 9 realizowanych na rzecz Zamawiającego. Omyłkowo nie zostały w uzupełnionym JEDZ zamieszczone wszystkie roboty, co spowodowało że roboty polegające na budowie kanalizacji dla średnic od DN 250 włącznie do DN 350 włącznie zostały

wykazane w łącznej ilości 1137 mb, zamiast wymaganych 1300 mb. Zamawiający w dniu 09.02.2018 r. zawiadomił o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy uznając, iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu – co dotyczyło wykazania co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie kanalizacji dla średnic od DN 250 włącznie do DN 350 włącznie (co najmniej 1300 mb). Suma robót wskazanych w JEDZ wyniosła 1137,70 mb i jest mniejsza o 162,30 mb (od wymaganej).

W ocenie Odwołującego, po stwierdzeniu, iż złożone w JEDZ oświadczenie w zakresie posiadanego doświadczenia nie potwierdza spełnienia warunku postawionego w siwz, Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu i bez wyczerpania obligatoryjnej procedury określonej w art. 26 ust. 3 Ustawy – wykluczył Wykonawcę z postępowania.

Dokument JEDZ, zgodnie z art. 59 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE jest podstawowym dokumentem stanowiącym wstępne potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i zastępuje na etapie złożenia oferty dokumenty i zaświadczenia określone przez zamawiającego. Ma ono na celu odformalizowanie i zmniejszenie obciążenia związanego z uzyskiwaniem dokumentów na etapie składania oferty. Art. 26 ust. 3 Ustawy określa procedurę uzupełnienia niezłożonych w ogóle dokumentów lub oświadczeń lub poprawienia niekompletnych lub zawierających błąd lub budzących wątpliwości dokumentów i oświadczeń, w tym również oświadczeń złożonych w formie JEDZ. Przyjęta w orzecznictwie zasada jednokrotnego wzywania na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy nie zostałaby naruszona, gdyż Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu, do czego Odwołujący się zastosował. Wezwanie nie dotyczyło natomiast kwestii wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co stanowiło podstawę wykluczenia Odwołującego z postępowania, a istotnym pozostaje ustalenie zakresu skierowanego do Wykonawcy wezwania. Orzecznictwo wskazuje na interpretację zasady jednokrotnego wezwania, którą należy odnosić do tej samej uzupełnianej okoliczności, błędu lub niedokładności. Uzupełnienie dokumentu, jakie miało miejsce w sprawie dotyczyło JEDZ, a nie uzupełnienia błędnych oświadczeń złożonych w tym dokumencie. Każde z oświadczeń złożonych w JEDZ może być przedmiotem wyjaśnień czy uzupełnień. Należy zatem wyraźnie odróżnić uzupełnienie dokumentu rozumianego jako całość od uzupełnienia poszczególnych jego elementów.

Odwołujący nie miał ani wiedzy ani świadomości co do okoliczności zakwestionowanych przez Zamawiającego i nie mógł się do nich odnieść. Ponieważ w siwz Zamawiający nie zamieścił wytycznych dla Wykonawców co do sposobu wypełnienia JEDZ, Odwołujący był

uprawniony do wypełnienie sekcji a – ogólnego oświadczenia o spełnianiu wszystkich kryteriów kwalifikacji, mając świadomość iż Zamawiający będzie żądał złożenia m.in. wykazu robót budowlanych. Zamawiający powinien również wezwać Odwołującego do przedłożenia wykazu robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, które to dokumenty ostatecznie potwierdzają spełnianie postawionego warunku.

Z tytułu realizacji wielu robót na rzecz Zamawiającego posiada on wiedzę co do zakresu i ilości zrealizowanych robót obejmujących żądane ilości budowy kanalizacji dla wymaganej średnicy rur i mógł skorzystać z instytucji wyjaśnienia treści oferty przewidzianej w art. 24 ust. 4 Ustawy.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca - Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S. A. z siedzibą w Gliwicach.

I. Sygn. akt KIO 299/18

W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 299/18 Odwołujący – Przedsiębiorstwo Remontów Mostów S.A. zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów Ustawy czynności oceny ofert złożonych na część 2 przedmiot zamówienia, wskazując na uchybienie przepisom:

- 1) art. 90 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, w których ceny jednostkowe mające charakter ryczałtowy są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a tym samym budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zaniechanie odrzucenia tych ofert doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawców do udzielania wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie cen jednostkowych (ryczałtowych) będących rażąco niskimi;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Wykonawców w sytuacji, w której w złożonych przez nich ofertach skalkulowane ceny jednostkowe są celowo zaniżone, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji utrudniający Odwołującemu dostęp do rynku, w szczególności przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji go z rynku.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert, dokonania ponownego badania i oceny ofert, w szczególności wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, odrzucenie oferty Wykonawcy

ZIB oraz FIL-BUD na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 Pzp oraz dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący istnienie interesu we wniesieniu odwołania opierał na skutkach oceny ofert, na podstawie których zawarta miałyby być umowa ramowa, a następnie udzielane miałyby być zamówienia częściowe (wykonawczych). Wskazane w kosztorysach ceny jednostkowe, w tym rażąco niskie (poniżej kosztów świadczenia), wyznaczać będą poziom cen, z jakimi Odwołujący będzie musiał konkurować o uzyskanie zamówień wykonawczych do umowy ramowej. Oferowane w postępowaniu na zamówienia częściowe ceny nie będą mogły być wyższe od cen podanych w ofertach w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Aby Odwołujący mógł konkurować w przedmiotowym postępowaniu musiałby złożyć ofertę wykonawczą opartą na rażąco niskich cenach, co stanowiłoby czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk). Nieodrzucenie ofert Wykonawców faktycznie pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówień wykonawczych w przyszłości.

Na uzasadnienie stawianych zarzutów Odwołujący przywołał zapisy siwz opisujące przedmiot zamówienia, jego funkcjonalność, a także określające sposób kalkulacji cen jednostkowych i reguły udzielania zamówień częściowych – wykonawczych (rozdział 3, załącznik nr 5a do siwz). Ilości prac podane w załączniku nr 5a do siwz – tabeli cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach nie są ostateczne i zostały podane po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę do wyliczenia ceny oferty. Podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót, obmierzone przez Wykonawcę i sprawdzone przez przedstawiciela Zamawiającego. Ilość zamawianych robót w okresie realizacji umowy będzie uzależniona od wysokości środków przeznaczonych na ten cel w budżecie Zamawiającego. Zamówienia częściowe (wykonawcze) udzielane będą Wykonawcom, z którymi zostanie zawarta umowa ramowa, na warunkach nie mniej korzystnych niż określone w umowie ramowej. W zależności od potrzeb Zamawiający zaprosi wszystkich Wykonawców, z którymi zawarł umowę ramową do składania ofert lub udziału w negocjacjach (w przypadku zawarcia umowy ramowej z jednym Wykonawcą). Ceny jednostkowe podane w ofercie na zawarcie umowy częściowej (wykonawczej) nie mogą być wyższe od cen podanych w ofercie na zawarcie umowy ramowej. Zamówienie zostanie udzielone Wykonawcy, który przedstawi ofertę najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryteria określone w zaproszeniu do składania ofert (§ 14 wzoru umowy).

Wykonawcy mieli dokonać wyceny cen jednostkowych uwzględniającej wszystkie czynności wskazane w programie funkcjonalno-użytkowym, zawierającym szczegółowy opis zakresu prac, konkretne czynności, materiały, metodę wykonania.

Odwołujący wskazał na odmienność procedury prowadzonej w celu zawarcia umowy ramowej, w której wartość ofertowa nie ma charakteru zobowiązania, a jedynie służy do oceny ofert i zakwalifikowania potencjalnych wykonawców. Ceny jednostkowe stanowią jedynie pewny elementem ceny, którą należy traktować w kategoriach ostatecznej, stanowiącej jej górny pułap dla wyliczeń cząstkowych. Wykonawca może jedynie obniżyć ofertę cenową albo pozostawić ją na tym samym poziomie, przy składaniu ofert wykonawczych. Przy takim charakterze wyceny oferty zmierzającej do zawarcia umowy ramowej, ceny jednostkowe powinny być poddane ocenie jako odrębny byt kalkulacyjny pod kątem rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przy tym założeniu Odwołujący przedstawił pozycje wycenione przez dwóch Wykonawców poniżej kosztów ich wykonania, nie obejmujące wszystkich wymaganych przez Zamawiającego czynności wskazanych w PFU (załącznik nr 7a do siwz), niższe od cen jednostkowych wszystkich złożonych ofert.

Oferta Wykonawcy FIL-BUD zawiera rażąco niską cenę w pozycjach:

- wykonanie kanalizacji metodą przewiertu (poz. 2, 4, 5) – zakup samego materiału rur GRP jest znacznie wyższy;
- modernizacja kanalizacji deszczowej metodami wykopowymi w nawierzchni utwardzonej (poz. 11, 12, 13, 14, 15) – zakup samego materiału rur GRP jest znacznie wyższy niż kwota danej pozycji;
- modernizacja kanalizacji deszczowej metodami wykopowymi w nawierzchni nieutwardzonej (poz. 10,12,13,14,) – zakup samego materiału rur GRP jest znacznie wyższy niż kwota danej pozycji;
- modernizacja elementów kanalizacji deszczowej (poz. 5,6,7,8,11,12,13,14) – zakup samego materiału studni GRP jest znacznie wyższy niż kwota danej pozycji;

Oferta Wykonawcy ZIB W. S. A. D. Sp. j. zawiera rażąco niską cenę w pozycjach:

- wykonanie kanalizacji metodą przewiertu (poz. 5) – stanowi 2,38% średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich złożonych ofert;
- modernizacja kanalizacji deszczowej metodami wykopowymi w nawierzchni utwardzonej (poz. 11, 12, 13, 14, 15, wycinka drzew) – zakup samego materiału rur GRP jest znacznie wyższy niż kwota danej pozycji;
- modernizacja kanalizacji deszczowej metodami wykopowymi w nawierzchni nieutwardzonej (poz. 11,12,13,14,) – zakup samego materiału rur GRP jest znacznie wyższy niż kwota danej pozycji;

- modernizacja elementów kanalizacji deszczowej (poz. 1,2,8,9,14b) – stanowi 67,09%, 66,62%, 65,22%, 64,19%,39,13% średniej arytmetycznej cen jednostkowych wszystkich złożonych ofert, (poz. 5,7,11,12,13,14) - zakup samego materiału studni GRP jest znacznie wyższy niż kwota danej pozycji;

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert Wykonawców na podstawie art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, czym uchybił zasadom określonym w art. 7 ust. 1 Pzp. Nie wezwał ich również do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, chociaż zachodziły przesłanki w stosunku do zaniżonych pozycji cen jednostkowych. Oferowanie rażąco niskiej ceny ma na celu zdobycie przewagi konkurencyjnej poprzez sztuczne obniżenie ceny względem rzeczywistej wartości rynkowej i może być ocenione jako czyn nieuczciwej konkurencji określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca FIL-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba oddaliła opozycję Odwołującego Eurotech Sp. z o.o. zgłoszoną wobec przystąpienia do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 285/18 po stronie Zamawiającego Wykonawcy, z którym będzie zawarta umowa ramowa. Brak istnienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił opierał na wniosku, że rozstrzygnięcie jakie miałyby zapaść w tej sprawie nie zmieni sytuacji Przystępującego. Ponadto Odwołujący podniósł, iż okoliczność związana z wysokością ceny nie stanowi przedmiotu zarzutu, a zatem oparta na nich teza braku możliwości konkurencyjności o zamówienia częściowe, również nie wskazuje na istnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego. Przyjmując stanowisko przeciwne Izba uznała, iż utrzymanie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w sposób znaczący może wpływać na sposób, w jaki Zamawiający będzie udzielał zamówień wykonawczych. Uwzględniając okoliczność, iż Przystępujący po stronie Zamawiającego wniósł własne odwołanie, w którym zmierza do wykluczenia z dalszego etapu dwóch pozostałych Wykonawców, może się okazać, iż będzie jedynym, z którym Zamawiający będzie prowadził negocjacje w celu udzielenia zamówień częściowych. Powyższe wskazuje zatem na interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść

Zamawiającego, które utrzyma w mocy decyzję o wykluczeniu z postępowania Wykonawcy, z którym Przystępujący nie będzie musiał konkurować po zawarciu umowy ramowej.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy w kopii poświadczoną za zgodność przez Zamawiającego, w tym specyfikację istotnych warunków zamówienia (siwz), protokół wraz z załącznikami, oferty oraz przedłożone na rozprawie dowody i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem są roboty budowlane objęte dwoma zadaniami, udzielane jako część zamówienia (I i II). Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych z zastrzeżeniem, iż wykonawcy mogli składać oferty tylko na jedną, wybraną przez siebie część zamówienia. Szczegółowy zakres prac został zawarty we wzorze umowy (załącznik nr 6 i 6a do siwz), w programie funkcjonalno-użytkowym (załącznik 7 i 7a do siwz) oraz w tabeli cen jednostkowych dla części I i II (załącznik 5 i 5a do siwz). Celem umowy ramowej jest ustalenie warunków dotyczących zamówień, jakie mogą zostać udzielone w danym okresie, w szczególności cen i jeżeli zachodzi taka potrzeba, przewidywanych ilości.

Zamawiający wskazał, że dla części II (zadanie nr 2) zawrze umowę ramową maksymalnie z sześcioma wykonawcami, chyba że oferty niepodlegające odrzuceniu złożą mniej wykonawców. W przypadku zawarcia na daną część zamówienia umowy ramowej z co najmniej dwoma wykonawcami, Zamawiający będzie udzielał zamówień wykonawczych (częstkowych), których przedmiot będzie objęty umową ramową tym wykonawcom, z którymi zawrze umowę ramową, zapraszając ich do składania ofert na podstawie art. 101a ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy. W przypadku zawarcia umowy ramowej z jednym wykonawcą zamówienia częściowe będą udzielane temu wykonawcy na podstawie art. 101a ust. 1 pkt 1 Ustawy.

Dla udzielenia zamówień częściowych w siwz Zamawiający określił zasady wskazując w nich, iż w przypadku zawarcia umów ramowych z co najmniej dwoma wykonawcami będą oni zaproszeni do złożenia ofert. Zamawiający określił kryteria oceny ofert: cena (waga 60%), okres gwarancji (waga 30%), zatrudnienie na podstawie umowy o pracę (waga 10%), które nie mogą ulec zmianie. Złożone oferty nie będą mogły być mniej korzystne od oferty złożonej w postępowaniu prowadzonym w celu zawarcia umowy ramowej. Ceny jednostkowe podane w ofercie na zawarcie umowy częściowej (wykonawczej) nie mogą być wyższe od cen podanych w ofercie na zawarcie umowy ramowej. Zamówienie udzielone zostanie wykonawcy, który przedstawi ofertę najkorzystniejszą, biorąc pod uwagę kryteria określone w zaproszeniu do składania ofert. W przypadku zawarcia umowy ramowej z jednym

wykonawcą, udzielenie zamówienia cząstkowego (wykonawczego) poprzedzone zostanie zaproszeniem do negocjacji, a złożona oferta nie może być mniej korzystna (ceny nie mogą być wyższe).

Zamawiający w siwz opisał warunki udziału w postępowaniu (pkt 8 siwz), w tym dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, która dla części II zamówienia miała być wykazana wykonaną należycie, w szczególności zgonie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończoną (w ramach jednej lub kilku umów) co najmniej 1 robotą budowlaną polegającą na:

- *remontcie, modernizacji lub budowie wpustów deszczowych w ilości co najmniej 100 szt.*
- *remontcie, modernizacji lub budowie studni kanalizacyjnych w ilości co najmniej 100 szt.*
- *remontcie lub budowie chodników z kostki betonowej w ilości co najmniej 800 m²,*
- *remontcie lub budowie nawierzchni asfaltowej w ilości co najmniej 2000 m²,*
- *budowie kanalizacji dla średnic od DN 250 włącznie do DN 350 włącznie co najmniej 1300 mb,*
- *budowie kanalizacji dla średnic od DN 400 włącznie do DN 500 włącznie co najmniej 400 mb,*
- *budowie kanalizacji dla średnic od DN 600 włącznie do DN 800 włącznie co najmniej 200 mb.*

Do oferty wykonawcy zobowiązani byli przedłożyć, w celu wstępnego potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu i kryteriów selekcji – oświadczenie złożone na formularzu JEDZ, a na wezwanie Zamawiającego dokumenty wymienione w pkt 10 siwz. W odniesieniu do przedmiotowego warunku dokumentami o jakie Zamawiający mógł się zwrócić był wykaz robót budowlanych zawierający informacje o rodzaju, wartości, dat, miejscu wykonania i podmiotów na rzecz których roboty zostały zrealizowane (załącznik nr 8 do siwz) wraz z dowodami wskazującymi, że roboty zostały należycie (zgodnie z przepisami prawa oraz prawidłowo) wykonane.

Do oferty należało przedłożyć wypełniony formularz cenowy (tabelę cen jednostkowych) – załączniki 5, 5a. Oferowana cena podana miała być w formularzu oferty (załącznik nr 1) i miała być obliczona na podstawie dokumentacji projektowej, przedmiaru robót, specyfikacji technicznej i odbioru robót oraz warunków realizacji zamówienia.

Załącznik nr 6a do siwz stanowi wzór umowy ramowej dotyczącej części II zamówienia obejmującej prace związane z modernizacją kanalizacji deszczowej, opisane w tabeli cen jednostkowych, stanowiącej załącznik nr 2a do umowy ramowej. W § 2 Zamawiający zastrzegł, iż ilości wskazane w tabeli cen jednostkowych są jedynie poglądowe, służą do wyliczenia ceny ofertowej i mogą ulec zmianie w zależności od bieżących potrzeb. Dalsze postanowienia dotyczą umów cząstkowych (wykonawczych), w tym zawierają powtórzone zasady na jakich dojdzie do udzielenia zamówienia wykonawcy(om), z którym(i) podpisana

zostanie umowa ramowa. Zamawiający określił kryteria kwalifikacji: cena (60%), okres gwarancji (30%) oraz zatrudnienie na umowę o pracę (10%). Z wykonawcą, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejsza zostanie zawarta umowa na warunkach określonych we wzorze umowy – załącznik nr 6 i 6a do siwz. Zamawiający w pkt 23 siwz przewidział zakres zmian umów częściowych (wykonawczych), które mogą dotyczyć terminu umownego poszczególnych umów częściowych, skrócenia terminu płatności wynagrodzenia, rezygnacji z wykonania części przedmiotu (ograniczenie zakresu przedmiotu umowy częściowej wraz z obniżeniem wynagrodzenia), zmiany przedstawicieli stron i uczestników procesu inwestycyjnego, zmiany wynikającej ze stawki podatku VAT oraz minimalnego wynagrodzenia.

Zamawiający określił wartość zamówienia objętego częścią II na kwotę 12.000.000,00 zł. W piśmie z dnia 29.01.2018 r. odpowiadając na wniosek o udostępnienie kosztorysów inwestorskich wskazał, iż ich nie posiada. Jednocześnie informował, iż ilości podane w poszczególnych pozycjach „Tabeli Cen Jednostkowych” nie są ostateczne i zostały podane po to aby wykonawcy mieli wspólną podstawę do wyliczenia ceny oferty. Podstawą płatności będą rzeczywiste ilości zamówionych i wykonanych robót. Ilości zamawianych robót w okresie realizacji umowy będą uzależnione od wysokości środków przeznaczonych na ten cel w budżecie Zamawiającego.

W postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców, w tym czterech na część II zamówienia: Zakład Instalacji Budowlanych W. S., A. D. Sp. j. (cena brutto: 16.041.905,93 zł), Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A.. (cena brutto: 24.513.263,30 zł), FIL-BUD Sp. z o.o. (cena brutto: 15.206.802,40 zł), Eurotech Sp. z o.o. (cena brutto: 11.572.200,00 zł). Średnia arytmetyczna złożonych ofert wyniosła 16.833.542,91 zł.

Zamawiający na etapie badania ofert sporządził zestawienie ceny ze wskazaniem poziomu, który w odniesieniu do wartości szacunkowej oraz średniej arytmetycznej złożonych ofert powinien stanowić przedmiot procedury opisanej w art. 90 Ustawy. Wartości te wynoszą odpowiednio: 8.400.000,00 zł (w stosunku do wartości zamówienia) oraz 11.783.480,04 zł. (w stosunku do średniej arytmetycznej).

Zamawiający w toku postępowania wystąpił do Eurotech Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień dotyczących wysokości zaoferowanej ceny.

Ponadto, Eurotech Sp. z o.o. nie załączył do oferty formularza JEDZ i Zamawiający pismem z dnia 22.01.2018 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do jego uzupełnienia. W uzupełnionym JEDZ w cz. IV *Kryteria kwalifikacji Wykonawca* wskazał łącznie 13 robót wskazując na ich zakres i wartość oraz odbiorców. Na str. 17 zamieścił opis roboty wykonanej na rzecz Urzędu Miasta Gliwice realizowanej w okresie 18.05.2015 r. –

18.08.2015 r.: *Modernizacja kanalizacji deszczowej na terenie miasta Gliwice (ul. Nad Łąkami, Wieniawskiego, Krokusów, Karolinki). Montaż rury fi 250-30 mb, montaż rur, montaż rur fi – 250 mb, montaż studni-21 kpl, montaż wpustów – 31 kpl, wyk naw bitumicznych-745 m2, wyk chod. z kostki brukowej-200.*

W piśmie z dnia 29.01.2018 r. skierowanym do Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. Zamawiający wyjaśnił, iż *ze względu na specyfikę niniejszego postępowania, Zamawiający nie ma możliwości rozpatrywania cen jednostkowych zaoferowanych przez Wykonawców w odniesieniu do poszczególnych cen jednostkowych, lecz do całego zakresu zlecanego w umowach cząstkowych (wykonawczych).* Zamawiający wyjaśnił, iż wycena poszczególnych pozycji zadania, biorąc pod uwagę zakresy zlecanych prac w ramach umów cząstkowych (wykonawczych) została całościowo skalkulowana. Cały zakres prac związany jest z modernizacją kanalizacji deszczowej, co oznacza że pewien rodzaj prac powtarza się w prawie każdej umowie cząstkowej (wykonawczej), która została zawarta w ramach poprzedniej umowy ramowej, wskazują na te zakresy. W odniesieniu do rur GRP – wykonywanie kanalizacji deszczowej z użyciem tych rur jest sporadyczne, w szczególnych warunkach, jakości i składu przepływających ścieków deszczowych. Podobnie sporadycznym jest wykonywanie studni GRP, co ma dodatkowo odzwierciedlenie w ilościach wskazanych w tabeli cen jednostkowych.

Zamawiający wykluczył Eurotech Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, uznając iż nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jakim było między innymi prawidłowe wykonanie co najmniej 1 roboty budowlanej polegającej na budowie kanalizacji dla średnic od DN 250 włącznie do DN 350 włącznie co najmniej 1300 mb. Suma robót wykazanych w JEDZ w tym zakresie wyniosła 1137,70 mb i jest mniejsza o 162,30 mb (od wymaganej). Na podstawie art. 24 ust. 4 Ustawy ofertę tego Wykonawcy uznał za odrzuconą.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejsze na część II zamówienia oferty trzech pozostałych Wykonawców: Zakład Instalacji Budowlanych W. S. , A. D. Sp. j.; Przedsiębiorstwo Remontów Ulic i Mostów S.A., FIL-BUD Sp. z o.o. wskazując, iż z tymi Wykonawcami zostanie zawarta jedna umowa ramowa (pismo z 9.02.2018 r.).

Na rozprawie, jako dowody złożone zostały przez Eurotech Sp. z o.o. dokumenty:

- wykaz robót obejmujący wskazane w JEDZ prace z ich pełnym opisem,
- oświadczenie własne dotyczące ilości robót zrealizowanych na zadaniu *Modernizacja kanalizacji deszczowej na terenie miasta Gliwice*, zawierające łączny obmiar wykonany powykonawczo wskazując na ilość metrów bieżących położonych rur PVC: fi 350 – 38,4 mb; fi 315 – 217,64 mb; fi 250 – 58,42 mb i fi 200 – 163,3 mb,

- operaty geodezyjne dla czterech ulic: ul. Nad Łąkami, ul. Wieniawskiego, ul. Karolinki, ul. Krokusów, zawierające obmiar prac objęty oświadczeniem Odwołującego. Operaty te stanowiły element dokumentacji rozliczeniowej składanej wraz z fakturami.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie wniesione przez Eurotech Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 285/18) zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie Przedsiębiorstwa Remontów Ulic i Mostów S.A. (sygn. akt KIO 299/18) podlega oddaleniu.

Odwołanie sygn. akt KIO 285/18.

O uwzględnieniu odwołania zdecydowała odmienna ocena stanu faktycznego, jaki wynikał z braku złożenia w ofercie formularza JEDZ, a następnie treści dokumentu uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Zasadniczo kwestią wymagającą rozstrzygnięcia była ocena, czy oświadczenia złożone w uzupełnionym formularzu JEDZ pozwalały Zamawiającemu na ocenę, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego z doświadczeniem. W przypadku potwierdzenia tej oceny koniecznym było udzielenie odpowiedzi, czy w sytuacji gdy Zamawiający już raz wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, który nie został złożony w ofercie, mógł oceniając uzupełniony dokument, wykluczyć Wykonawcę bez ponownego wezwania o uzupełnienie dokumentu lub jego wyjaśnienia w sytuacji uznania, iż nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał, iż wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu naruszałoby zasadę jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu, a zatem w sytuacji w której uzupełniony już raz dokument nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu był on zobowiązany wykluczyć Wykonawcę z postępowania. O negatywnej ocenie wykazanego doświadczenia decydowała łączna ilość metrów bieżących rur o średnicy od DN 250 włącznie do DN 350 wynikająca z opisu pozycji – 1137,70 mb, w zestawieniu z wymaganą ilością - co najmniej 1300 mb.

Izba uwzględniła odwołanie, gdyż ocena uzupełnionego dokumentu JEDZ została przez Zamawiającego przeprowadzona w sposób naruszający art. 26 ust. 3 Ustawy. Zasadniczo decydującym w sprawie było przyjęcie, iż w sytuacji braku załączenia do oferty formularza JEDZ, a następnie jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, Zamawiający nie był zwolniony z obowiązku co najmniej wyjaśnienia jego treści, w części dotyczącej prac, które nie zostały w sposób pełny opisane. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 3 Ustawy w sytuacji braku złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust.1 lub innych dokumentów,

zawierających błędy lub budzących wątpliwości, zamawiający zobowiązany jest wezwać do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień.

Oceniając oświadczenie zawarte w JEDZ Zamawiający zsumował wyłącznie wielkości podane w opisie wykonanych prac, z pominięciem opisu wskazującego na szerszy zakres prac, chociaż wprost nie opisany ilością metrów bieżących oraz rodzajem rur PCV (średnicy). Wykonawca w odniesieniu do robót pn. *Modernizacja kanalizacji deszczowej na terenie miasta Gliwice (ul. Nad Łąkami, Wieniawskiego, Krokusów, Karolinki). Montaż rury fi 250-30 mb, montaż rur, montaż rur fi – 250 mb, montaż studni-21 kpl, montaż wpustów – 31 kpl, wyk naw bitumicznych-745 m2, wyk chod. z kostki brukowej-200* - zamieścił opis, w którym tylko częściowo została wskazana ilość obmiarowa rur i ich rodzaj. Zgodnie z przedłożonymi na rozprawie dowodami (operatami geodezyjnymi), informacja zamieszczona w JEDZ nie była kompletna, co jednak nie oznaczało, iż Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu. Łączna ilość położonych metrów bieżących rur dla tej inwestycji wyniosła dla poszczególnych ich rodzajów: 38,4 mb (fi 350 mm), 217,64mb (fi 315 mm), 58,42 mb (fi 250 mm). Nie było przy tym sporne (Zamawiający temu nie zaprzeczył), iż brakujący obmiar rur, który nie został opisany pozwalał, po zsumowaniu z pozostałymi robotami, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Przy takim stanie faktycznym Zamawiający mógł ocenić oświadczenie wstępne Wykonawcy z uwzględnieniem wiedzy, jaką posiadał z tego tytułu, że prace realizowane były na jego rzecz i posiadał na ich temat szczegółową informację lub co najmniej powinien zwrócić się o wyjaśnienie treści oświadczenia. Decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była tym bardziej niezrozumiała, że Zamawiający miał pełną wiedzę co do zakresu robót, których opis dotknięty był brakami, gdyż prace te sam rozliczył w oparciu o faktury, do których załączone były przedłożone na rozprawie operaty geodezyjne. Stwierdzenie w tej sytuacji, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentu naruszało przepis art. 26 ust. 3 Ustawy nie miało oparcia w stanie sprawy. Przede wszystkim dokumenty przedłożone, jako dowód w sprawie (operaty geodezyjne) wskazywały na brakujące wielkości, które nawet jeżeli nie zostały opisane w formularzu JEDZ mogły być przedstawione w dokumencie, jakim jest wykaz zrealizowanych robót. Wykonawca powinien być wezwany do jego złożenia, co nie prowadziłoby faktycznie do zmiany oświadczenia zawartego w JEDZ poprzez rozszerzenie zakresu doświadczenia wynikającego ze zrealizowanych prac, czy też jego ponownego uzupełnienia. Zamawiający nie mając pewności co do części pozycji (choć nie powinien ich mieć z tytułu posiadanej wiedzy), bez wezwania do ich wyjaśnienia, zdecydował o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania, nie dając mu możliwości odniesienia się do wątpliwości. Nie bez znaczenia pozostawał fakt, że sposób wypełnienia formularza nie został przez Zamawiającego opisany, a zatem Wykonawca mógł opisać w sposób skrótowy zakres

robót, tym bardziej w odniesieniu do prac, które były realizowane na rzecz Zamawiającego. Skoro dopiero wykaz robót miał zawierać dane wskazane w siwz (dot. między innymi rodzaju robót), to wstępne oświadczenie nie musiało zawierać wszystkich informacji, co czyniłoby zbędnym składanie dokumentu, który miał potwierdzać oświadczenie o spełnieniu warunku zawarte w formularzu JEDZ. W tym stanie rzeczy ocena oświadczenia zawartego w JEDZ o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie prowadziłaby do naruszenia zasady jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentu, a w konsekwencji naruszenia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Skoro w uzupełnionym JEDZ wskazano zrealizowane roboty budowlane spełniające warunek udziału w postępowaniu, a oświadczenie to ostatecznie miało być potwierdzone dokumentem składanym na wezwanie Zamawiającego, decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania była wadliwa. W konsekwencji tego błędu również wynik postępowania był nieprawidłowy i wymaga skorygowania.

Izba nie odniosła się do drugiej kwestii wskazanej na wstępie, tj. możliwości ponownego uzupełnienia formularza JEDZ, która w okolicznościach wskazanych powyżej nie miała znaczenia. Zamawiający mógł bowiem w oparciu o oświadczenie złożone w uzupełnionym JEDZ potwierdzić wstępnie, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Sygn. akt KIO 299/18.

Wniesione odwołanie nie spełniało przesłanki określonej w art. 179 ust. 1 Ustawy, jaką jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Ustawy.

Odwołujący wnosząc odwołanie wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, który przejawia się przede wszystkim w okoliczności, iż jest Wykonawcą, z którym Zamawiający może zawrzeć umowę ramową. Jest zatem uczestnikiem postępowania, któremu w ramach przyszłych zamówień częściowych może zostać udzielone zamówienie wykonawcze. Nie oznacza to automatycznie, że czynności Zamawiającego stanowiące przedmiot zarzutów mogą doprowadzić lub prowadzą do szkody po stronie Wykonawcy. Szkada ta miałaby być wynikiem dopuszczenia do zawarcia umowy ramowej z dodatkowymi Wykonawcami na warunkach, które mają uniemożliwić Odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej z uwagi na zaoferowanie rażąco niskich cen jednostkowych. Tym samym, szkoda do jakiej mogłaby doprowadzić czynności Zamawiającego faktycznie powiązana została przez Odwołującego z treścią ofert składanych na zamówienia częściowe (wykonawcze) i może wystąpić dopiero na etapie postępowania prowadzonego w celu udzielenia zamówienia publicznego. Odwołujący wprowadzie kwestionuje oferty dwóch Wykonawców złożone w celu zawarcia

umowy ramowej, jako podlegające odrzuceniu, to nie można na moment wniesienia odwołania dopatrzeć się istnienia związku przyczynowego pomiędzy oceną tych ofert, a oceną ofert, jakie zostaną złożone w celu uzyskania zamówienia. Wybór ofert najkorzystniejszych w postępowaniu zmierzającym do zawarcia umowy ramowej nie jest decyzją przyznającą zamówienie publiczne, dla którego konieczne jest przeprowadzenie dalszej procedury przewidzianej w siwz, uzależnionej od ilości wykonawców, z jakimi zawarta zostałaby umowa ramowa i wyników przyszłych negocjacji lub treści złożonych ofert. Ceny jednostkowe wyznaczałyby wprawdzie maksymalny ich poziom dla ofert wykonawczych, co jednak nie rozstrzyga, że przyszłe zamówienie będzie obejmowało wykonanie prac, do których wyceny Odwołujący zgłaszał zastrzeżenia. Jak wynika z wyjaśnień Odwołującego, zaniżonymi przez obu Wykonawców miały być roboty udzielane sporadycznie przez Zamawiającego. Zamawiający wskazywał również w siwz, iż zakres zamówień częściowych będzie uzależniony od posiadanych środków i potrzeb. Zakres zamówień będzie zatem dopiero określany na etapie kierowania zaproszenia do złożenia ofert (zaproszenia do negocjacji). Nie można zatem na obecnym etapie postępowania ustalić, czy i w jakim zakresie ceny jednostkowe będą miały znaczenie dla uzyskania zamówień częściowych.

Ponadto, jak wskazał sam Odwołujący, porównanie zaoferowanych cen brutto (nie cen jednostkowych) na obecnym etapie miało wyłącznie znaczenie z punktu widzenia kwalifikacji Wykonawców i to w sytuacji, w której wpłynęłoby więcej niż 6 ofert na część II zamówienia. Cena stanowiła bowiem jedno z kryteriów, na podstawie którego Zamawiający mógł dokonać kwalifikacji Wykonawców. Ustalenie zatem, iż ceny mogły mieć charakter rażąco niski mogłoby mieć znaczenie, gdyby na tej podstawie Zamawiający określił węższe grono wykonawców, z którymi zawarta miałyby być umowa ramowa. Taka sytuacja nie mogła w niniejszej sprawie wystąpić, gdyż oferty złożyło czterech Wykonawców, a zatem cena jak i pozostałe elementy ofert dotyczące dwóch innych kryteriów, nie miały wpływu na czynności podejmowane w postępowaniu. Pozostaje zatem nadal otwartym ustalenie, w jaki sposób zaoferowane ceny mogłyby prowadzić do szkody u Odwołującego, z którym Zamawiający ma zawrzeć umowę ramową. W ocenie składu orzekającego takiego związku nie ma i na taki nie wskazuje argument, iż Odwołujący nie będzie w stanie zaoferować konkurencyjnej oferty. Przede wszystkim treść tych ofert nie jest na obecnym etapie możliwa do ustalenia, gdyż Zamawiający dopiero w miarę posiadanych środków finansowych będzie udzielał zamówień częściowych i określi zakres rzeczowy prac objętych danym zamówieniem. Dopiero oferty składane w odpowiedzi na zaproszenie będą wyznaczały właściwą treść zobowiązania i stanowić będą przedmiot badania w ramach przyszłych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dopiero brak możliwości uzyskania zamówienia, będący wynikiem wadliwej decyzji Zamawiającego o jego udzieleniu wykonawcy, który zaoferowałby rażąco

niską cenę, wskazywałyby na możliwość poniesienia szkody po stronie Odwołującego. Zawarcie umowy ramowej nie oznacza udzielenia zamówienia publicznego, jak również nie nakłada na Wykonawców obowiązku złożenia oferty na zaproszenie Zamawiającego. Zatem dokonana na tym etapie postępowania ocena nie była rozstrzygająca o przyszłych czynnościach Zamawiającego, których skutki dopiero będą mogły być ocenione pod kątem narażenia Odwołującego na szkodę. Samo podpisanie umowy ramowej z większą ilością wykonawców poza stworzeniem bardziej konkurencyjnych warunków dla udzielenia zamówień częściowych nie oznacza, iż zamówienia te zostaną udzielone wykonawcy, który zaoferowałby rażąco niską cenę.

Podsumowując tą część wywodów Izba uznała, iż czynność oceny ofert złożonych w celu zawarcia umowy ramowej nie mogła narażać Odwołującego na szkodę nawet potencjalną. Treść przyszłych ofert nie jest bowiem określona w umowie ramowej, która wyznacza warunki na jakich będą składane oferty. Nie można na obecnym etapie postępowania ustalić, iż Odwołujący nie będzie mógł złożyć oferty i ubiegać się o uzyskanie zamówień częściowych, a zatem decyzje Zamawiającego dotyczące innych ofert nie wywoływały szkody w jakiegokolwiek postaci. W ocenie Izby, ocena ofert pod kątem braku podstaw do ich odrzucenia dokonana w sposób błędny, jeżeli nie wpływa na możliwość zawarcia umowy ramowej z Odwołującym, nie może prowadzić do powstania szkody. Przyszłe decyzje o udzieleniu zamówienia częściowego, niezależnie od trybu jaki miałyby być przyjęte, wymagać będą ponownej weryfikacji zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i merytorycznej oceny ofert (w przypadku zaproszenia do złożenia ofert więcej niż jednego wykonawcy).

Niezależnie od braku wykazania przesłanki pozwalającej na przyznanie legitymacji do wniesienia odwołania Izba wskazuje, iż również merytorycznie odwołanie nie mogło odnieść skutku w postaci nakazania odrzucenia ofert, których ceny jednostkowe stanowiły podstawę zarzutów. Argumentacja Odwołującego zasadniczo sprowadzała się do zakwestionowania tych cen jednostkowych, których wysokość była niższa od średniej arytmetycznej złożonych ofert (na różnym poziomie). Zamawiający na etapie oceny ofert dokonał analizy zaoferowanych cen brutto pod kątem konieczności wystąpienia o złożenie wyjaśnień w trybie art. 90 Ustawy i takie wezwanie skierował do innego, niż wskazani w odwołaniu Wykonawcy. Powyższe wskazuje, iż nie budziły podejrzeń Zamawiającego ceny zaoferowane przez Wykonawców, do których oceny zgłasza Odwołujący zarzuty. W ocenie Izby, Odwołujący nie podolał ciężarowi udowodnienia zasadności zarzutów, w szczególności nie wykazał istnienia okoliczności, które pozwalałyby przyjąć, iż Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do wysokości cen jednostkowych. Prezentowane na rozprawie stanowiska wskazywały na istotny element kształtowania cen w ofertach składanych w celu zawarcia umowy ramowej,

które z założenia nie będą mogły ulec zwiększeniu przy zamówieniach wykonawczych, a powinny umożliwić zaoferowanie niższych kwot, jeżeli zaproszonych do złożenia ofert zostanie więcej, niż jeden wykonawca. Powyższe potwierdzały również dowody przedłożone przez Odwołującego na okoliczność wykazania realnych kosztów realizacji dwóch pozycji wycenionych w ofercie w cenach jednostkowych znacząco wyższych. Nie można zatem zakładać, iż cena najwyższa to cena, która powinna wyznaczać minimalny poziom ceny rynkowej. Spośród złożonych czterech ofert to Odwołujący zaoferował najwyższą cenę, znacząco zawyżającą średnią cen. Zamawiający sam nie dokonał kalkulacji własnej (kosztorysowej), wskazując wyłącznie na poziom szacowanej kwoty, niższej od złożonych w postępowaniu ofert. Skoro Zamawiający nie miał wątpliwości, a poziom różnicy w cenach całkowitych brutto nie osiągnął poziomu, od którego Ustawa uzależnia wszczęcie procedury wyjaśniającej, Izba nie miała podstaw do uwzględnienia zarzutów. Odwołujący stawiał dalej idące zarzuty – zaniechania odrzucenia ofert, które nie mogły się ostać zasadniczo z tej przyczyny, iż odrzucenie ofert na podstawie zarzutu rażąco niskiej ceny, musiałyby być poprzedzone wezwaniem do złożenia wyjaśnień, w którym Zamawiający powinien móc wskazać przyczyny, dla których ceny budzą jego wątpliwości. Jeżeli takich wątpliwości nie miał, a Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie przekonujących dowodów, to nawet zarzut zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień nie mógł być uwzględniony.

Uwzględniając powyższe, Izba uwzględniła jedynie odwołanie o sygn. akt KIO 285/18 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego Eurotech Sp. z o.o. z postępowania oraz powtórzenie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych złożonych na część II zamówienia, mające na celu wskazanie ofert wykonawców, z którymi zawarta zostanie umowa ramowa.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu

o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 w zw. z § 6 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. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez obu Odwołujących uwzględniając wnioski kosztowe stron, tj. Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 285/18 i Zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 299/18 (wynagrodzenia pełnomocników oraz dojazdu na rozprawie pracowników).

Przewodniczący: