Sygn. akt: KIO 1439/13

WYROK
z dnia 1 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "DROGPOL" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowo - Drogowe "URBIT" B……. B……. w Lgocie Murowanej w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach,

przy udziale wykonawcy N…….. K……. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…… K……. w Starachowicach, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy N……. K…….. prowadząca działalność gospodarczą po nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K…….. oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy;**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo-

Handlowe "DROGPOL" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowo - Drogowe "URBIT" B…….. B…….. w Lgocie Murowanej tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "DROGPOL" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowo - Drogowego "URBIT" B…… B……. w Lgocie Murowanej kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1439/13

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem są *„Prace drogowe i utrzymaniowe związane z estetyką drogi na drogach krajowych na terenie administrowanym przez Rejon GDDKiA w Zawierciu".*

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 marca 2013 r. pod nr S60 101042-2013-PL.

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę N……. K…… prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…… K……. w Starachowicach.

W dniu 17 czerwca 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "DROGPOL" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowo - Drogowe "URBIT" B…… B…….. w Lgocie Murowanej wnieśli odwołanie, wobec dokonania czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu , badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, zarzucając naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy - Zakładu Oczyszczania Miasta N…….. K…… ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu , dotyczących:

   a) dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

   b) posiadania wiedzy i doświadczenia ze względu na brak potwierdzenia , iż :

   - podmiot udostępniający zasoby nie złożył oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia;

   - wykonawca będzie dysponował zasobami innego podmiotu w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów;

2. art. 24 ust. 4 ustawy, poprzez zaniechanie uznania oferty ZOM N……. K……. za odrzuconą w sytuacji , gdy wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania;

3. art. 89 ust. 1 pkt. 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ZOM N……. K……. zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia pomimo, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie potwierdzają, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

4. art. 91 ust. 1 ustawy, poprzez :

- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty ZOM N…….. K……., która powinna zostać uznana za odrzuconą i nie powinna podlegać ocenie;
- poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu lub uznanych za odrzucone.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokonaniu , badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty ZOM N…… K…….. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wykluczenia wykonawcy ZOM N……. K…….. oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację:

- Wykonawca - ZOM N……. K……., w złożonych wraz z ofertą dokumentach nie wykazał, iż osoby zaproponowane do kierowania ruchem posiadają wymagane uprawnienia, o których mowa powyżej i podał jedynie w formularzu 3.3 „Potencjał kadrowy" informację o wykształceniu oraz doświadczeniu wpisując: „kierowanie ruchem". Zamawiający słusznie uznał, że dokument ten nie potwierdza spełnienia warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i pismem z dnia 27.05.2013r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcę ZOM N……. K…… do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przedmiotowego warunku. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca - ZOM N…….. K……. złożył nowy formularz 3.3 „Potencjał kadrowy",
w którym dla osób zaproponowanych do kierowania ruchem podał informację o wykształceniu (identycznie jak w formularzu pierwotnym) oraz doświadczeniu wpisując „ zaświadczenie ważne do dnia 11.02.2016r. lub do 21.01.2016r.". Zamawiający uznał, że tak wypełniony formularz 3.3. potwierdza posiadanie przez osoby zaproponowane do kierowania ruchem wymaganych uprawnień i że wykonawca ZOM N……. K…… spełnia warunki udziału w postępowaniu stąd tez nie wykluczył go z postępowania. Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgadza się Odwołujący: W formularzu 3.3 „Potencjał kadrowy" (ani w złożonym w ofercie, ani w uzupełnionym na wezwanie Zamawiającego) wykonawca ZOM

N……. K…… nie podał w jakiejkolwiek formie informacji , iż osoby zaproponowane do kierowania ruchem posiadają ważne uprawnienia do kierowania ruchem, co oznacza, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z tego też względu wykonawca ZOM N…….. K…… winien być wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, a jego oferta winna być uznana, zgodnie z art. 24 ust. 4 - za odrzuconą . Zaniechanie wykluczenia wykonawcy oraz nieuznanie jego oferty za odrzuconą stanowi naruszenie wymienionych w zdaniu poprzednim przepisów ustawy;

- Zamawiający w postępowaniu, w pkt 7.3.9 żądał złożenia oświadczenia i dokumentów wymienionych w akt 7.3.1 -7.3.8 IDW, jeśli wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego. Jak wynika ze złożonego w ofercie formularza 3.2 „Wiedza i doświadczenie" oraz z zobowiązania do udostępnienia zasobów, wykonawca - ZOM N……. K…….. wykazując spełnienie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia polega na zasobach innego podmiotu, przy czym podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia, co wynika z zobowiązania. W takiej sytuacji wykonawca - ZOM N……. K…… zobowiązany był złożyć dla podmiotu udostępniającego zasoby dokumenty wymienione w pkt 7.3.1 - 7.3.8 IDW , w tym między innymi „oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania". Oświadczenie takie nie zostało jednak złożone wraz z ofertą , a z zapisów SIWZ wynika , że jest ono jednym z elementów służących potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jego brak należało uznać za niewykazanie spełnienia warunku udziału , co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy wykonawcy - ZOM N…….. K…… oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy oraz nieuznanie jego oferty za odrzuconą stanowi naruszenie przez Zamawiającego wymienionych w zdaniu poprzednim przepisów ustawy;

- Zamawiający określił dalsze wymogi i żądania , które winni spełnić wykonawcy polegający na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów. Zgodnie z SIWZ , tom I, Rozdział 1 . Instrukcja dla Wykonawców , w pkt 7.2 w sytuacji takiej (tzn. gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów) Zamawiający, oprócz udowodnienia przez wykonawców, iż będą oni dysponować wykazanymi zasobami , żądał (w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów) „ dokumentów dotyczących w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy

wykonywaniu zamówienia" . W ofercie wykonawcy - ZOM N……. K…… nie złożono takich dokumentów. Także w zobowiązaniu przedsiębiorcy A…… K…….. do udostępnienia zasobów nie zawarto niezbędnych informacji dotyczących powyższych zagadnień , przez co Zamawiający nie mógł dokonać oceny, czy wykonawca - ZOM N……. K…….. będzie dysponował zasobami podmiotu - przedsiębiorcy A…… K……. w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do jego zasobów;

- Wykazany brak dokumentów , czy też ewentualnie brak wymaganych informacji należało uznać za niewykazanie spełnienia warunku udziału , co w konsekwencji winno skutkować wykluczeniem z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy wykonawcy - ZOM N……. K…… oraz uznaniem jego oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Zaniechanie wykluczenia wykonawcy oraz nieuznanie jego oferty za odrzuconą stanowi naruszenie przez Zamawiającego wymienionych w zdaniu poprzednim przepisów ustawy;

- Zamawiający, w stosunku do trzech ofert wszczął procedurę mającą ustalić, czy oferty te nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W tym celu, w trybie art. 90 ust. 1 ustawy zwrócił się do wykonawców , w tym także do ZOM N…… K…….. o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią wezwania, wątpliwości Zamawiającego wzbudziła zaoferowana przez ZOM N…… K…… całkowita cena oferty. W wyniku wezwania ZOM N…… K…… do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy powstało domniemanie, iż cena oferty wykonawcy jest ceną rażąco niską. Domniemanie to winien obalić wykonawca udzielając stosownych wyjaśnień na wezwanie. Takie podejście potwierdza szerokie orzecznictwo, w tym wyrok KIO z dnia 10 listopada 2010 r. KIO 2338/10. Analizując treść wyjaśnień złożonych przez wykonawcę ZOM N…….. K…….. trudno doszukać się konkretnych okoliczności i czynników , a tym bardziej stopnia w jakim wpłynęły one na obniżenie ceny , co pozwoliłoby obalić domniemanie ceny rażąco niskiej.

Udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia mają charakter ogólny , a przytoczenie kilku cen rzekomo obowiązujących przy utrzymaniu dróg publicznych w żadnej mierze nie można uznać za element wpływający na cenę zaoferowaną przez wykonawcę.

Z uwagi na ogólną i nie wnoszącą żadnych konkretów treść wyjaśnienia wykonawcy ZOM N……. K…….. Zamawiający nie mógł i nie powinien był uznać, że cena oferty wykonawcy nie jest ceną rażąco niską. Zgodnie bowiem z przepisem art. 90 ust. 2 ustawy, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia powinny wskazywać na obiektywne czynniki, które

pozwalają mu zaoferować cenę niższą niż konkurencja czy szacunki Zamawiającego. Dodatkowo, wyjaśnienia dotyczące ceny oferty powinny wyraźnie wskazywać na argumenty potwierdzające realność, opłacalność i rynkowość dokonanej wyceny. W swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawca musi wykazać, iż niski poziom jego ceny jest uzasadniona względami obiektywnymi, które pozwalają na wykonanie zamówienia bez poniesienia straty finansowej lub bez konieczności finansowania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę ZOM N……. K…… nie dają podstaw do obalenia domniemania, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyciągając odmienne wnioski i uznając, że oferta ZOM N……. K…….. nie zawiera rażąco niskiej ceny naruszył art. 90 ust. 3 ustawy, a w dalszej kolejności również art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zgodnie z którym winien odrzucić taką ofertę.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca N……. K……. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K……. w Starachowicach.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I. PODSTAWY DO ODRZUCENIA ODWOŁANIA

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności, takiego powodu nie stanowiło złożenie – na co powoływał się Przystępujący, złożenie i podpisanie odwołania przez osobę, co do której złożone pełnomocnictwo opisuje w pkt 4 następujący zakres umocowania: „*występowanie we wszelkich sprawach związanych z tym postępowaniem, w tym w zakresie wykorzystania wszelkich środków ochrony prawnej, zgodnie z przepisami Prawa Zamówień Publicznych*”.
Z treści wskazanego pełnomocnictwa, wynika zatem uprawnienie do wykorzystywania wszelkich środków ochrony prawnej, a zatem wnoszenia tego środka, jakim jest niewątpliwie odwołanie kierowane do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Opis zakresu umocowania we wskazanym pełnomocnictwie nie pozostawia wątpliwości, że obejmuje ono podpisanie i złożenie odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Na marginesie dostrzeżenia wymaga, że pełnomocnictwo nie zostało wyłączone spod ogólnych zasad właściwych dla oceny treści czynności prawnych, zgodnie zaś z treścią art. 65 § 1 Kc, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, jednak taka potrzeba, wobec treści spornego pełnomocnictwa, w analizowanej sprawie nie zachodzi.

Dostrzeżenia dalej wymaga, że brak odpowiedniego pełnomocnictwa do wniesienia odwołania podlega konwalidacji – zgodnie z treścią art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Jeżeli natomiast niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1-6 stosuje się, z tym że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby (art. 187 ust. 7 ustawy). Zatem, nawet gdyby przyjąć, że sporne pełnomocnictwo nie obejmuje umocowania do złożenia odwołania, podlegałoby ono w pierwszym rzędzie uzupełnieniu przez Odwołującego.

W analizowanej sprawie z treści złożonego pełnomocnictwa wynika wola ustanowienia pełnomocnika do złożenia odwołania. Z tego też względu niezasadnym okazał się wniosek Przystępującego N……. K…….. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…… w Starachowicach o odrzucenie odwołania nawiązujący do podstawy wynikającej z przepisu art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest wniesieniem odwołania przez podmiot nieuprawniony.

Stąd odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "DROGPOL" spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowo - Drogowe "URBIT" B……. B…….. w Lgocie Murowanej nie podlega odrzuceniu.

II. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawcy wnoszący odwołanie posiadają interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – w razie potwierdzenia stawianych zarzutów i uwzględnienia odwołania, Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia w tym postępowaniu.

III. OCENA ZARZUTÓW PODNIESIONYCH W ODWOŁANIU

Podniesione w odwołaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "DROGPOL" spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Poraju oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowo - Drogowego "URBIT" B…….. B……. w Lgocie Murowanej zarzuty znalazły potwierdzenie, w związku z czym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Potwierdziły się, co do zasady, wszystkie zarzuty stawiane w odwołaniu.

[1] Znalazł potwierdzenie zarzut niewłaściwej oceny przez Zamawiającego w zakresie uznania za spełniony w ofercie wykonawcy N…….. K……. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…… K…….. w Starachowicach warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami.

Zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), w pkt 6.2.3.2) B wymaganie, by wykonawca dysponował czterema osobami do kierowania ruchem:

„ B. osoby do kierowania ruchem

- wymagana liczba osób: 4

- minimalne kwalifikacje: wykonawca musi wykazać, że osoby proponowane do pełnienia tej funkcji muszą posiadać ważne uprawnienia do kierowania ruchem wynikające z przepisów rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 6 lipca 2010 roku w sprawie kierowania ruchem drogowym (Dz.U. Nr 123 poz. 840) lub równoważne.".

Zamawiający w opracowanym przez siebie formularzu *„Potencjał kadrowy”* wprowadził kolumny *„Nazwisko i imię”, „Funkcja”, „Wykształcenie, uprawnienia”, „Doświadczenie”, „Podstawa dysponowania osobami”,* które wykonawca miał wypełnić odpowiednią treścią.

Przystępujący N…….. K…… prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…… w Starachowicach w złożonym w ofercie wykazie osób - *„Potencjał kadrowy”*, w części odnoszącej się do osób dedykowanych do kierowania ruchem, w kolumnie „*Doświadczenie”,* podał w odniesieniu da każdej z czterech osób identyczny opis: *„kierowanie ruchem”.*

Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu, wyraźnie precyzując dostrzeżone niedoskonałości tego dokumentu: *„Zamawiający (…) wzywa do złożenia w przedmiotowym postępowaniu następujących dokumentów i oświadczeń: 1) Wykazu osób w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia którego opis został zamieszczony w pkt 6.2.3 ppkt 2) IDW, uzupełnionego o informacje w zakresie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymującymi uprawnieniami i doświadczeniem odpowiednim do funkcji, jaka zostanie powierzona w odniesieniu do osoby proponowanej do pełnienia funkcji: b) osoby do kierowania ruchem – wykonawca musi wykazać, że osoby proponowane do pełnienia tej funkcji* ***muszą posiadać ważne uprawnienia do kierowania ruchem wynikające z przepisów rozporządzenia Ministra Spraw wewnętrznych i administracji z dnia 6 lipca 2010 roku w sprawie kierowania ruchem drogowym (Dz.U. Nr 123 poz. 840)*** *lub równoważne. Z treści przedłożonych dokumentów nie wynika spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – do kierowania ruchem. Wykonawca nie wskazał, że wskazane osoby posiadają ważne uprawnienia, o których mowa wyżej”.*

Wykonawca N…….. K……. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…… w Starachowicach w uzupełnionym Wykazie osób podał te same osoby, zaś opis ich doświadczenia określił następująco: „*zaświadczenie ważne do dnia 11.02.2016 r.*” (co do trzech osób) oraz „*zaświadczenie ważne do dnia 21.01.2016 r.*” (wobec jednej osoby).

Podkreślenia w pierwszym rzędzie wymaga zasada ogólna, wyrażona w ustawie, że to

rzeczą wykonawcy jest wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu stawianych przez Zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany ani nawet uprawniony, w innym aniżeli wyznaczony treścią art. 26 ust. 3 ustawy zakresie, do wydobywania od wykonawcy oświadczeń czy dokumentów, jeśli ten nie wykazuje w tym zakresie inicjatywy i starania.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawną, kompletną, opatrzoną wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami ofertę, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania ofert.

Przepis art. 26 ust. 2a ustawy stanowi bowiem, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Oznacza to, że wszyscy wykonawcy na jednakowych zasadach zobowiązani są wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, lub - w przypadku przetargu ograniczonego - na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Złożone przez wykonawców oświadczenia i dokumenty na ten właśnie dzień powinny umożliwiać zamawiającemu weryfikację podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Odstępstwo od tego wymogu ustawowego godzi w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca, który na dzień składania ofert wykaże należytą staranność i przygotuje dokumenty w sposób umożliwiający zamawiającemu jednoznaczne stwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, musi konkurować z wykonawcą, który takiej staranności nie dochował dopuszczając do braków w złożonych dokumentach lub składając dokumenty zawierające błędy. Ustawodawca przewidział odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień składania wniosków i umożliwił wykazanie spełniania warunków w drodze instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre oferty i oferują korzystny bilans ceny i innych kryteriów, ale w wyniku niedopatrzenia, przeoczenia czy zwykłej omyłki, nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków lub ofert, ale na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez

zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle. Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i uzupełnił niewłaściwy dokument, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. W razie przyjęcia odmiennego stanowiska, że zamawiający jest obowiązany po raz kolejny wezwać wykonawcę, który na wcześniejsze wezwanie nie uzupełnił dokumentu, albo wziąć pod uwagę dokument złożony przez wykonawcę po terminie, zamawiający musiałby, przy pasywnej postawie wykonawcy, stać się jego rzecznikiem.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt analizowanej sprawy, stwierdzenia wymaga, że rzeczą wykonawcy było dokonanie takiego opisu i charakterystyki posiadanych przez wskazane osoby zaświadczeń, by Zamawiający miał podstawę do uznania, że wpisują się one w postawione w postępowaniu wymaganie. Nie sposób zgodzić się, że zakres zaświadczeń – to, że są to zaświadczenia wydawane przez Dyrektora Wojewódzkiego Ośrodka Ruchu Drogowego, albo że wydawane są one na podstawie przepisów *rozporządzenia Ministra Spraw wewnętrznych i administracji z dnia 6 lipca 2010 roku w sprawie kierowania ruchem drogowym (Dz.U. Nr 123 poz. 840)*, albo że dotyczą one kierowania ruchem, może być domniemywany z samego faktu wskazania osób na konkretne stanowiska, albo z tego, że podano je w celu wykazania spełnienia konkretnego warunku udziału w postępowaniu. Z opisu w Wykazie osób, tak pierwotnie zamieszczonego w ofercie, jak i tego, który Przystępujący złożył w uzupełnieniu dokumentów dowiadujemy się jedynie tyle, że cztery wskazane osoby posiadają jakieś zaświadczenia. Jakie – tego nie sposób dowiedzieć się z żadnego oświadczenia wykonawcy. Zamawiający uznając, że wykonawca N……. K…….. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…… K…….. w Starachowicach wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dokonał bardzo życzliwej oceny złożonych dokumentów, w rzeczywistości wydedukował jego spełnienie na podstawie tego, czego wykonawca nie wyartykułował, na podstawie samego złożenia dokumentów celu wykazania spełnienia stawianego warunku udziału w postepowaniu, w rzeczywistości za wykonawcę który zaniechał staranności w opisie zawartym w Wykazie osób. Nie jest wystarczające dla ustalenia, jakie uprawnienia posiadają wskazywane cztery osoby – jakie posiadają one zaświadczenia, fakt, że podano je w celu wykazania konkretnego warunku udziału w postępowaniu, w opisie którego scharakteryzowano te zaświadczenia, ani to, że wskazano je na stanowiska do kierowania ruchem. To ze złożonego przez wykonawcę dokumentu

powinno wynikać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w tym wypadku – zakres posiadanych zaświadczeń. Te zaświadczenia, w jakikolwiek sposób (choćby poprzez odesłanie do treści warunku) powinny być przez wykonawcę sprecyzowane.

Wezwanie do uzupełnienia było staranne i precyzyjne – czytelnie wskazywało dostrzeżone przez Zamawiającego niedoskonałości złożonego dokumentu, zatem wykonawca w oparciu o tak sformułowane wezwanie mógł i powinien odczytać, w jakim kierunku i zakresie powinna nastąpić poprawa złożonego w ofercie dokumentu. Skoro tego nie uczynił – rzeczą Zamawiającego było uznanie, że wykonawca nie wykazał spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu.

Wykonawca został przez Zamawiającego wezwany do uzupełnienia spornego dokumentu i na to wezwanie odpowiedział. Zasadą jest jednokrotne wezwanie wykonawcy z zastosowaniem dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów - przyjęcie że Zamawiający obowiązany obowiązany jest ponownie zwrócić się do wykonawcy o uzupełnienie spornego dokumentu oznaczałoby nałożenie na Zamawiającego obowiązku dbałości o interes wykonawcy, przy wyraźnym jego zaniechaniu, co w okolicznościach sprawy można byłoby rozpatrywać w kategorii naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający musiałby stać się bowiem rzecznikiem jednego z wykonawców, wydobywając aż do skutku poprawny dokument.

Powyższe determinuje wniosek, że wykonawca N……. K……. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K……. w Starachowicach podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 14 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, co czyni stawiany w odwołaniu zarzut – zasadnym.

[2] Potwierdził się zarzut w zakresie niewykazania przez wykonawcę N…… K…… prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K……. w Starachowicach spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, z powodu niezłożenia wymaganego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu a także niewykazania, że wykonawca dysponuje zasobami podmiotu trzeciego w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Zamawiający, zgodnie z przepisem § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający*

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, wprowadził wymaganie złożenia przez wykonawcę, który polega na wiedzy i doświadczeniu innego podmiotu w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych, złożenia dokumentów charakteryzujących relację z podmiotem udostępniającym tego zasobu.

Zgodnie z przepisem § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,* jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, może żądać:

1) w przypadku warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy – dokumentów, o których mowa w ust. 1 pkt 9–11, a także innych dokumentów, dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
2) dokumentów dotyczących w szczególności:
a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
c) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający w tomie I, Rozdział 1. Instrukcja dla Wykonawców, w pkt 7.3.9 zawarł także następujące wymaganie: *„Jeżeli Wykonawca wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp i których opis sposobu oceny spełniania został zamieszczony w pkt 6.2 IDW, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żada w odniesieniu do tych podmiotów ich oświadczenia i dokumentów wymienionych w akt 7.3.1 - 7.3.8 IDW."*

Wykonawca N…… K…….. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…… K…… w Starachowicach, w zakresie wiedzy i doświadczenia korzystał z potencjału podmiotu trzeciego, składając zobowiązanie tego podmiotu o treści:

„W związku z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Katowicach (…) „Prace drogowe i utrzymaniowe związane z estetyką drogi na drogach krajowych na terenie administrowanym przez Rejon GDDKiA w Zawierciu" (zwanym dalej zamówieniem) oraz biorąc pod uwagę fakt, iż Zakład Oczyszczania Miasta Natalia Kosowska w Starachowicach (…) (zwanym dalej Wykonawcą), ubiega się o udzielenie Zamówienia. Działając w mieniu oraz na rzecz Udostępniającego, niniejszym zobowiązuję się wobec Wykonawcy, iż w przypadku zawarcia przez Wykonawcę umowy z Zamawiającym w przedmiocie Zamówienia (dalej Umowa), oddać Wykonawcy do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu Zamówienia, przez cały okres obowiązywania Umowy w celu jej prawidłowego wykonania przez Wykonawcę, w szczególności zobowiązuję się oddać do dyspozycji Wykonawcy:

1. ***Wiedzę i doświadczenie, niezbędne do wykonania Zamówienia, poprzez udział w wykonaniu odpowiedniej części Zamówienia (podwykonawstwo).***

Szczegóły dotyczące współpracy pomiędzy Udostępniającym a Wykonawca zostaną określone w odrębnej umowie."

Wykonawca N……. K…….. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…… w Starachowicach złożył w ofercie referencje wystawione przez odbiorców usług na trzeci obejmujące sprzątanie pasa drogowego i utrzymanie zieleni przydrożnej a także protokół odbioru robót w zakresie oczyszczania dróg wojewódzkich w obszarach zabudowanych.

W formularzu ofertowym wykonawca N…….. K…….. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…… K……. w Starachowicach podał, że będzie korzystać z podwykonawców, podając następujący zakres podwykonawstwa: *koszenie traw, sprzątanie pasa drogowego, pielęgnacja zieleni.* Wykonawca złożył także dokumenty dotyczące podmiotu udostepniającego zasoby: zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, informację z Krajowego Rejestru, oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca nie złożył oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu.

Zamawiający nie wyzwał Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu, tłumacząc na rozprawie pozytywną ocenę spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu złożeniem pozostałych dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasób, takich jak zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek, informację z Krajowego Rejestru, oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, które razem odczytywane

potwierdziły, w Jego ocenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu.

Biorąc pod uwagę okoliczności analizowanej sprawy, nie sposób było podzielić pozytywnej oceny dokumentów złożonych przez N……. K…….. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…….. w Starachowicach. Bezspornie wykonawca ten nie złożył wymaganego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, mimo, że było ono wymagane zgodnie z pkt 7.3.1 w związku z pkt 7.3.9. Złożone inne dokumenty, także wymagane w postępowaniu nie mogą być potraktowane jako substytucyjne wobec wymaganego oświadczenia, skoro Zamawiający postawił wymaganie złożenia wszystkich dokumentów.

Tłumaczenie, jak czynił to na rozprawie Zamawiający, że na podstawie wszystkich dokumentów, rozpatrywanych całościowo można wywieść wniosek, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i że wobec tego złożenie tego dokumentu nie było wymagane, nie zasługuje na uwzględnienie. Stanowi ono bowiem polemikę z wyraźnym i jednoznacznym brzmieniem SIWZ, gdzie postawiono wymaganie złożenia każdego z tych dokumentów: nie tylko odpisu z właściwego rejestru lub CEIDG, zaświadczenia z ZUS i organu podatkowego, informacji z KRK, ale także oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. Sprzeciwia się to także ustawie, która w art. 26 ust. 2 a przewiduje, że wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 oraz art. 50 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym wykonawca składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a jeżeli zamawiający żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków, również te dokumenty. Ustawa zatem odrębnie traktuje dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i odrębnie – te, dotyczące braku podstaw do wykluczenia.

Stąd wnioskowanie na podstawie całokształtu złożonych przez wykonawcę dokumentów, wbrew wyraźnym wymaganiom SIWZ, jakkolwiek stanowiło wyraz życzliwej postawy wobec wykonawcy, nie znajdowało podstaw.

Potwierdziła się także niewłaściwa ocena przez Zamawiającego dokumentu, złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w tym, uznania, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz w celu oceny, czy stosunek łączący wykonawcę

z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Złożone przez wykonawcę N……. K……. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K…….. w Starachowicach zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazuje jedynie na przekazanie w sposób ogólny wiedzy i doświadczenia, niezbędnych do wykonania Zamówienia, poprzez udział w wykonaniu odpowiedniej części Zamówienia (podwykonawstwo). Nie dowiadujemy się z niego ani o zakresie tego podwykonawstwa, ani o sposobie wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia. Postawienie - w razie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego - wymagania wykazania w dokumentach składanych przez wykonawcę elementów, o których traktuje § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane,* zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia, oznacza obowiązek konkretyzacji Zamawiającemu udostępnianych zasobów, zaprezentowania, w jaki sposób zostaną one wykorzystane w postępowaniu, w jakiej części podmiot trzeci (tutaj występując jako podwykonawca) będzie realizował czynności na rzecz Zamawiającego. O ile zakres dostępnych wykonawcy zasobów zdaje się wynikać z treści stawianego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu, którego wykazaniu wykonawca zamierza sprostać posługując się zasobem należącym do podmiotu trzeciego, to na podstawie składanego w postępowaniu dokumentu powinno być wykazane, że wykonawca dysponuje tym zasobem – przy wiedzy i doświadczeniu – że, jakkolwiek wykonawca samodzielnie nie spełnia stawianego w postępowaniu warunku, nie jest w stanie pochwalić się samodzielnie wykonanymi zadaniami, jakich wymaga w danym postępowaniu zamawiający, ale znajdzie się w takiej relacji z podmiotem trzecim, że na jej podstawie będzie można uznać, że wymagane wiedza i doświadczenie dla realizacji przedmiotu zamówienia posiada. Przepis – a także za nim Zamawiający w analizowanym postępowaniu - wymaga podania szczegółowych elementów tej relacji między wykonawcą a podmiotem trzecim, jaka zwykle przybiera postać „zobowiązania podmiotu trzeciego”, to jest podania sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Oznacza to zatem tyle, że ten dokument, jaki jest składany w postępowaniu musi konkretyzować relację między jego stronami – powinno z niego wynikać, w jakim zakresie podmiot

udostępniający będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, i nie chodzi tylko o wskazanie, że będzie to podwykonawstwo, ale także o określenie jego zakresu - czynności wykonywanych przez podmiot udostępniający zasoby w ramach zamówienia, okresu tego świadczenia a także relacji, jaka łączy go z wykonawcą (co zdaje się nawiązywać do ukształtowania albo przyrzeczenia na tym już etapie umowy o określonym charakterze, wskazania charakteru tej umowy). Wszystkie te elementy, jakie ustawodawca przewidział w przepisie § 1 ust. 6 *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* a Zamawiający w pkt 7.2 SIWZ, mają służyć przekonaniu Zamawiającego, że na etapie składania oferty wykonawca znajduje się w takiej sytuacji, że łączący go z innym podmiotem stosunek prawny (względnie, przyjmująca określone ramy prawne zapowiedź tego stosunku, co mieści się w pojęciu „charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem"), pozwala na stanowczą i jednoznaczną ocenę, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek, który łączy wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Te okoliczności winien wykazać wykonawca, za pomocą zobowiązania podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu, obrazującego wzajemną relację między tymi podmiotami (przypomnienia wymaga, że zobowiązanie, o którym traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy jest jedynie przykładowym środkiem dla wykazania posiadania odpowiednich zasobów podmiotu trzeciego). W świetle wskazanych przepisów a także wymagań postawionych w analizowanym postępowaniu, szczegółowość i zakres informacyjny składanego przez wykonawcę dokumentu musi pozwalać na stwierdzenie, jaki jest zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, jaki będzie sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, który będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, wreszcie, jaki jest zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Te elementy – zakreślone przez przepisy i wymagane przez Zamawiającego wskazują, że składany w postępowaniu dokument nie może mieć postaci ogólnej deklaracji, ale – jakkolwiek nie ma obowiązku, by miał już postać umowy łączącej wykonawcę z podmiotem trzecim – by zawierał co najmniej informacje i zobowiązania odnoszące się do zakresu i okresu udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia, a także określał stosunek, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem trzecim. Powyższe skłania do przyjęcia, że zakres wymaganych elementów składanego dokumentu powinien być bliski umowie między wykonawcą a podmiotem trzecim – z całą bowiem pewnością dokument ten ma wyrażać stosunek o charakterze zobowiązaniowym podmiotu udostępniającego zasób

a wykonawcą, który powołuje się w postępowaniu o zamówienie publiczne na taką relację. Niezależnie zatem od jego formy, dla uznania za udowodnione dysponowania przez wykonawcę danym zasobem należącym do podmiotu trzeciego, konieczne jest przedstawienie Zamawiającemu dokumentu opisującego taką relację, zawierającego wymagane przez przepis oraz SIWZ elementy.

„Zobowiązanie", o którym w sposób przykładowy traktuje art. 26 ust. 2 b ustawy, odnosi się do relacji dwustronnej, między wykonawcą a podmiotem trzecim; ma z niego wynikać, że podmiot udostępniający znajduje się w takiej relacji prawnej, na podstawie której wykonawca ubiegający się o zamówienie publiczne może posługiwać się jego zasobami jak własnymi.

Złożone przez wykonawcę N……. K…… prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K……. w Starachowicach zobowiązanie podmiotu trzeciego nie pozwala na taką ocenę – poza ogólnym wskazaniem, że przygotowano je dla przedmiotowego postępowania, i że na jego podstawie udostępniono *„wiedzę i doświadczenie niezbędne do wykonania Zamówienia, poprzez udział w wykonaniu odpowiedniej części Zamówienia (podwykonawstwo)."* w szczególności nie zawiera pozostałych wymaganych elementów – zakresu, w jakim wskazywane podwykonawstwo ma nastąpić. Z treści tego dokumentu nie dowiadujemy się, w jakiej części i zakresie podmiot udostępniający wiedzy i doświadczenia będzie podwykonawcą Przystępującego.

Nie można przy tym tego zakresu domniemywać, jak uczynił to w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, na podstawie zawartości formularza ofertowego, gdzie wykonawca N…….. K…… prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…… w Starachowicach podał, że będzie korzystać z podwykonawców, podając następujący zakres podwykonawstwa: *koszenie traw, sprzątanie pasa drogowego, pielęgnacja zieleni.*

Po pierwsze, wobec braku zakazu korzystania z podwykonawstwa, nie sposób definitywnie wyłączyć sytuacji, że w postępowaniu wykonawca przewiduje innych podwykonawców. Z formularza ofertowego nie wynika, że wskazywane podwykonawstwo odnosi się do podmiotu udostępniającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia.

Pod drugie, zakres udziału podmiotu udostępniającego zasób w realizacji zamówienia powinien wynikać z dokumentu pochodzącego od tego podmiotu, składanego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem tylko z niego wynikają określone obowiązki tego podmiotu wobec wykonawcy, na podstawie których

Zamawiający mógłby ocenić realność udostępnienia zasobu. Nie może powyższego zastąpić oświadczenie własne wykonawcy składane wobec zamawiającego, jakim jest Formularz oferty – ten dokument kreuje bowiem określone zobowiązanie wykonawcy wobec Zamawiającego, podczas gdy wykazanie, że wykonawca dysponuje określonymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego musi nastąpić na podstawie dokumentu opisującego relację między tymi podmiotami. Tylko bowiem dokument obrazujący określone relacje między wykonawcą a podmiotem udostępniającym mu określone zasoby pozwala na ocenę, że wykonawca znalazł się w konkretnej pozycji wobec innego podmiotu, że ten podmiot jest w określonym zakresie i czasie zobowiązany wobec wykonawcy do określonego świadczenia. Tylko zatem dokument pochodzący od tych podmiotów pozwala na ocenę, czy udostępnienie zasobów ma charakter realnego.

Stąd pozytywną ocenę przez Zamawiającego dokumentu złożonego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należało uznać za nieuprawnioną.

W powyższym zakresie, w odniesieniu do oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu a także zobowiązania podmiotu trzeciego, obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia wskazanych dokumentów, co jednak na obecnym etapie – wobec potwierdzonego w pkt [1] uzasadnienia skutku dalej idącego, w postaci obowiązku wykluczenia wykonawcy N……. K……. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K…….. w Starachowicach – jest niecelowe.

[3] Także zarzut wskazujący na niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez wykonawcę N……. K……. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…….. w Starachowicach na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych znalazł potwierdzenie.

Zamawiający po analizie złożonych ofert wezwał wykonawcę N…… K……. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K…… w Starachowicach, do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (pismo Zamawiającego z dnia 27 maja 2013 r. pkt III).

Wykonawca N…….. K……. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K…….. w Starachowicach w złożonych wyjaśnieniach, podał następujące okoliczności mające wpływ na wysokość ceny:

„*wszystkie stawki netto podane w kosztorysie ofertowym są zgodne z obowiązującymi stawkami wykonania usług utrzymaniowych dróg publicznych.*

Startując w wielu przetargach na utrzymanie dróg (nawet o zwiększonym zakresie zamówienia), stawki koszenia, zamiatania mechanicznego, utrzymania zieleni przydrożnej itp. niejednokrotnie zbliżone są do stawek podanych przez naszą firmę.

Obecnie stawki obowiązujące przy utrzymaniu dróg publicznych:

- koszenie traw i chwastów przy drogach publicznych 0,5 – 0,9 zł zł za m^2
- zamiatanie mechaniczne dróg ok 340 zł km co daje stawkę ok 0,18 zł za m^2
- pielęgnacja drzew ok. 100 zł za sztukę (utrzymanie skrajni oraz usunięcie posuszu)
- wycinanie drzew-(obecnie większość Zamawiających stosuje sprzedaż drzew na pniu, więc jedynym profitem z prac jest pozyskany materiał drzewny) od 100 do 200 zł za sztukę.

Startując w/w przetargu założyliśmy pracę nowych jednostek sprzętowych, co pozwoli na bezawaryjną i nieprzerwaną pracę.
Dzięki zatrudnieniu podwykonawców będących w bliskiej odległości będziemy reagować na każde wezwanie zamawiającego w czasie przewidzianym w SIWZ.
Istotnym elementem zamówienia jest fakt iż są to usługi, do wykonania w/w usług niezbędne jest zaplecze sprzętowe (przewidziano zastosowanie nowego sprzętu), wykonawca nie ponosi dodatkowych kosztów poza paliwami oraz drobnym sprzętem potrzebnym do wykonania Zamówienia.
Zaskakującym jest fakt wysokiej wyceny kosztorysu inwestorskiego, należy zwrócić uwagę na fakt że inni oferenci także złożyli oferty poniżej 50 % wartości zamówienia."

Przechodząc do analizy zarzutów podniesionych w odwołaniu, dostrzeżenia wymaga, iż na tym etapie ocenie nie podlega zasadność samego wezwania do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny a jedynie ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę dokonana przez Zamawiającego.

Jak zwrócił uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„(…) istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. W chwilą wezwania przez Zamawiającego (skarżącego) wykonawcy (…) w trybie art. 90 ust. 1 u.p.z.p. w dniu 1.12.2011r. powyższe*

domniemanie zostało obalone. Na wykonawcę (…) został przerzucony ciężar dowodu wykazania, że skalkulował cenę w sposób rynkowy, (tak KIO 28.09.2011).”.

Zauważyć w tym miejscu należy zatem, że co do zasady istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w złożonej ofercie jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. To domniemanie zakłada, że oferty wskazują ceny za wykonanie zamówienia skalkulowane w sposób rynkowy, obejmujące wszystkie koszty wykonania zamówienia ponoszone przez wykonawcę a także pewien zysk. Jednakże, z momentem powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy w konkretnej sytuacji cena nie ma charakteru rażąco niskiej, i wyrażenia tej wątpliwości w formie wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, powyższe domniemanie zostaje obalone i to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że cenę skalkulowano w sposób rynkowy.

Rzeczą wykonawcy jest – w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają – w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - ocenie zamawiającego i jako takie winny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego *względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej* (tak też: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007r., sygn. akt V Ca 2214/06).

Powyższe determinuje wymóg, aby owe wyjaśnienia, o których mowa w art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych były wyczerpujące, miały charakter skonkretyzowanych do sytuacji wykonawcy, odnosiły się do tych elementów kalkulacyjnych, które miały wpływ na wielkość zawartej w ofercie ceny. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie tutaj nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W różnych sytuacjach, zależnie od przedmiotu zamówienia, czasu jego trwania, konieczne jest zaangażowanie różnych środków produkcji, a tym samym inne nakłady [elementy cenotwórcze] będą uwzględniane w kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, niemniej jednak zawsze cena jest pochodną przynajmniej kilku kosztów, które się na nią składają. Stąd wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na

kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania odpowiedniego sprzętu, czy wreszcie marżę wykonawcy. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Taką też argumentację wyraził Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanego stanu faktycznego, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opisanych wyżej warunków nie spełniają wyjaśnienia, które złożone zostały przez wykonawcę N…….. K……. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K…….. w Starachowicach w niniejszym postępowaniu.

Wyjaśnienia złożone przez Przystępującego należało uznać za nazbyt ogólne i nie pozwalające na przesądzenie, czy cenę skalkulowano w sposób rynkowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji. Nie wynikają z nich szczegółowe koszty i nakłady ponoszone przez wykonawcę w celu zrealizowania zamówienia. W istocie stanowią one jedynie deklarację, potwierdzenie przez wykonawcę że cenę skalkulowano poprawnie i że wykona za nią zamówienie.

Innymi słowy, na ich podstawie Zamawiający nie miał możliwości dokonania oceny, czy zaoferowana cena jest właściwie skalkulowana, przez pryzmat obiektywnych czynników, jakie przepis art. 90 ust. 2 ustawy wymienia, to jest czy zastosowano oszczędną metodę wykonania zamówienia, rozwiązania techniczne optymalizujące wykonanie zamówienia, czy zachodzą wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, mamy do czynienia z oryginalnym projektem wykonawcy lub wpływem pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, albo inne okoliczności, które spowodowały, że dany wykonawca mógł cenę skalkulować na poziomie niższym, niż inni wykonawcy.

Ponadto, dostrzeżenia wymaga, że wezwanie Zamawiającego, jakie zostało wystosowane do wykonawcy N……. K…….. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…….. K……. w Starachowicach nie tylko wskazywało podstawę żądania tych wyjaśnień (art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), ale także czytelnie wskazywało, zakres oczekiwanej odpowiedzi. Zamawiający podał, że wyjaśnienia maja dotyczyć elementów, mających wpływ na wysokość ceny oferty złożonej w postępowaniu, takich jak zastosowanie oszczędnej metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy lub wpływ pomocy publicznej

udzielonej na podstawie odrębnych przepisów, a także wszelkie inne czynniki wpływające na wysokość oferty, jeśli są zgodne z prawem i nie zakłócają uczciwej konkurencji. Zamawiający podał również, że: „*wykonawca składając wyjaśnienia odnoszące się do ceny swojej oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona".* Tym samym Zamawiający dał czytelne i klarowne wytyczne, że wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnych deklaracji, ale mają tłumaczyć wysokość zaoferowanej ceny.

Na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę N…….. K…… prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N…… K…….. w Starachowicach na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie sposób ustalić jakiego rodzaju koszty i nakłady skalkulowano w cenie – a w konsekwencji – czy cena ma charakter rynkowy. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia wraz z formularzem ofertowym kalkulacji ceny – ta zaś zawierała już podane przez wykonawcę ceny jednostkowe np. za czyszczenie nawierzchni drogowej, chodników, poboczy; utrzymanie zieleni przydrożnej, usunięcie (wycinkę) drzew, mycie znaków pionowych, pachołków, ekranów akustycznych. Oznacza to tyle, że jeśli już oferta, co do której Zamawiający dysponował kalkulacją ceny na pewnym poziomie szczegółowości, wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, które wyartykułował w wezwaniu do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożone przez wykonawcę wyjaśnienia nie powinny być na wyższym poziomie ogólności, niż sama oferta i zawarte w niej kalkulacje. Podane w wyjaśnieniach stawki za koszenie trawy zamiatanie mechaniczne, pielęgnację i wycinanie drzew, odnoszą się nie do kosztów ponoszonych w związku z wykonaniem tych czynności, ale wskazują na stawki, jakie w ocenie wykonawcy, są stosowane za tego typu czynności: wykonawca nie wskazał, przykładowo, jaki jest koszt pracowników z tego tytułu, albo koszt zakupu usługi zewnętrznej – jeśli korzysta z podwykonawstwa (na co by wskazywało oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym). Przywołane przez wykonawcę okoliczności, takie jak dysponowanie nowym, bezawaryjnym sprzętem, bliskość podwykonawców, zdają się być wspólnymi dla wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu. Fakt, że wykonawca, dzięki zatrudnieniu podwykonawców, *będących* w *bliskiej odległości będzie reagować na każde wezwanie zamawiającego w czasie przewidzianym w SIWZ* referuje raczej do obowiązku nałożonego na każdego wykonawcę w takim samym zakresie, a wynikającego z SIWZ czy zawartej umowy.

Finalnie uznano, że złożone przez N…… K…….. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K…… w Starachowicach wyjaśnienia nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten – zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 1 ustawy

Prawo zamówień publicznych - wymienił elementy kalkulacyjne ceny i wykazał, że nie ma ona charakteru rażąco niskiej. Tym samym, stawiany zarzut się potwierdził.

IV. ROZSTRZYGNIĘCIE O ŻĄDANIACH ODWOŁANIA:

Wskazane wyżej okoliczności przemawiają za uznaniem, że pozytywna ocena spełnienia przez Przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu była niewłaściwą. Powyższe decydowało o uwzględnieniu odwołania i nakazaniu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w zakresie, jaki wynika z uwzględnienia zarzutów odwołania, oraz wykluczenia wykonawcy – N…… K…… prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania Miasta N……. K…… w Starachowicach z postępowania oraz uznania oferty tego wykonawcy za odrzuconą.

Nie dopatrzono się podstaw do uwzględnienia innych żądań odwołania, w tym żądania nakazania Zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej – żądanie to, jako pozostające bez bezpośredniego związku z zarzutami odwołania odnosi się raczej do naturalnej konsekwencji działań Zamawiającego wynikających z celu prowadzonego postępowania i Zamawiającemu zostało pozostawione.

Opisane wyżej naruszenia przepisów ustawy mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *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).

Uwzględniono koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu.

Przewodniczący: