

WYROK

z dnia 19 czerwca 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2020 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia oraz 20 kwietnia 2020 roku przez wykonawców:

1) P.W., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: „PAULA P.W.” z siedzibą w Wierzbicach (KIO 835/20)

2) A.J. prowadzącego działalność pod firmą „Herkules” z siedzibą we Wrocławiu (KIO 843/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Kobierzyce, z siedzibą w Kobierzycach

przy udziale wykonawcy A.J. prowadzący działalność pod firmą „Herkules” z siedzibą we Wrocławiu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (KIO 835/20)

orzeka:

A.

1. uwzględnić w całości odwołanie KIO 835/20 i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującej i odrzucenia jej oferty, nakazuje powtórzenie procesu badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującej;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego: Gminę Kobierzyce, z siedzibą w Kobierzycach i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującą P.W.,

prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: „PAULA P.W.” z siedzibą w Wierzbicach tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Kobierzyce, z siedzibą

w Kobierzycach na rzecz Odwołującej - P. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą: „PAULA P.W.” z siedzibą

w Wierzbicach kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy

stu złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego.

B.

1. uwzględnia odwołanie KIO 843/20 w zakresie niewykazania przez Wykonawcę WW Serwis spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj.: posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 200.000,00zł i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie procesu badania i oceny ofert;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie KIO 843/20;

3. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Kobierzycę z siedzibą w Kobierzycach w części 1/3 kosztów i Odwołującego A.J. prowadzącego działalność pod firmą „Herkules” z siedzibą we Wrocławiu w części 2/3 kosztów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego A.J. prowadzącego działalność pod firmą „Herkules” z siedzibą we Wrocławiu

tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Kobierzycę, z siedzibą w Kobierzycach na rzecz Odwołującego A.J. prowadzącego działalność pod firmą „Herkules” z siedzibą we Wrocławiu kwotę w wysokości 3 888 zł 89 gr (słownie: trzech tysięcy ośmiuset osiemdziesięciu ośmiu złotych 89/100 groszy) tytułem zwrotu 1/3 kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego i kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 835/20, 843/20

UZASADNIENIE

sygn. akt KIO 835/20

Dnia 17 kwietnia 2020 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z siedzibą w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3, 4 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami; dalej jako: „ustawa Pzp”) w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawa Pzp, odwołanie złożyła P.W., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: „PAULA P.W.” z siedzibą w Wierzbicach, dalej jako „Odwołujący”.

Przetarg nieograniczony pod nazwą: Świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu w czystości przystanków autobusowych, wiat przystankowych oraz opróżnianiu wraz z myciem i konserwacją koszy na śmieci (ulicznych i na przystankach autobusowych) oraz na psie odchody na terenie Gminy Kobierzycę prowadzi Zamawiający: Gmina Kobierzycę, z siedzibą w Kobierzycach. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej z dnia 13 marca 2020 r., pod nr: 523307-N-2020. Wartość zamówienia

nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art.

11 ust. 8 ustawy Pzp.

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 17 kwietnia 2020 r. drogą

elektroniczną oraz za pośrednictwem ePUAP, a także poprzez Platformę Zakupową Urzędu Gminy Kobierzyce. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP. Odwołujący otrzymał w dniu 14 kwietnia 2020 r. zawiadomienie od Zamawiającego

o rozstrzygnięciu postępowania wraz z jednoczesną informacją o wykluczonych wykonawcach oraz odrzuconych ofertach, odwołanie wniesiono zatem z zachowaniem ustawowego terminu.

Odwołujący zaskarżył niezgodne z przepisami prawa czynności Zamawiającego polegające na:

1. wykluczeniu Odwołującej z postępowania,
2. odrzuceniu złożonej przez Odwołującą oferty,
3. wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1) i 3) ustawy Pzp i w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016, poz. 1126) (dalej jako: „Rozporządzenie”) oraz art. 814 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (j.t. Dz. U. 2019, poz. 1145 ze zm.) (dalej jako: „k.c.”) poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującej z postępowania, mimo że wykazała ona spełnienie warunków udziału w nim w związku z posiadaniem ważnego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności związanej z przedmiotem zamówienia i na sumę gwarancyjną wymaganą przez Zamawiającego;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2) Rozporządzenia przez jego bezzasadne zastosowanie i wykluczenie Odwołującej z postępowania, mimo że wykazała ona spełnianie warunków udziału określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako: „SIWZ”), w tym co do posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej jednej usługi porządkowej w zakresie obejmującym szczegółowe wymagania wskazane przez Zamawiającego;
3. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującą, w sytuacji gdy nie zachodziły przesłanki do wykluczenia jej z udziału w postępowaniu,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w następstwie wykluczenie Odwołującej z postępowania i odrzucenie jej oferty, a to wobec sprzeczności pomiędzy podstawami wykluczenia powołanymi przez Zamawiającego, a treścią wymogów określonych w SIWZ, których spełnienie zostało należycie przez Odwołującą wykazane.

Odwołujący wnosił o:

1. unieważnienie zaskarżonych czynności, tj. wykluczenia Odwołującej oraz uznania jej oferty za odrzuconą;
2. unieważnienie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. powtórzenie dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty Odwołującej, ewentualnie - w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego z wybranym wykonawcą - unieważnienie tej umowy.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 14 kwietnia 2020 r. otrzymał Informację o rozstrzygnięciu postępowania. Zamawiający wskazał, że po otwarciu ofert w dniu 23 marca 2020 r. odnotowano wpływ 5 ofert od wykonawców.

W dalszej części Informacji wskazano, że Odwołującą została wykluczona z przetargu, a jej oferta została w związku z tym odrzucona na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. Podniesiono, że Odwołująca nie wykazała, by posiadała ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 200.000,00 zł. Zarzucono także, że nie wykazała posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej jednej usługi porządkowej przez okres minimum 18 miesięcy, w zakresie obejmującym co najmniej sprzątanie przystanków autobusowych i wiat przystankowych oraz opróżnianie koszy na śmieci.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. art. 25 ust. 1 pkt 1) i 3) ustawy Pzp
i w zw. z § 2 ust. 2 pkt 4) Rozporządzenia oraz art. 814 § 1 k.c.

W ocenie Zamawiającego ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej działalności związanej z przedmiotem zamówienia i na wymaganą sumę gwarancyjną przedstawione przez Odwołującą na dzień otwarcia oferty nie obowiązywało. Zamawiający stwierdził, że umowa ubezpieczenia była skuteczna dopiero od dnia 25 marca 2020 r., tj. od dnia uiszczenia składki ubezpieczeniowej na poczet zobowiązania.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 ppkt 1.3. lit. a) SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, by wykonawca posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną minimum 200.000,00 zł.

W ramach złożonej oferty Odwołująca oświadczyła, iż powyższe wymaganie spełniała. Po otwarciu ofert, Zamawiający w dniu 26 marca 2020 r. wezwał Odwołującą w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie tego warunku. W odpowiedzi w dniu 1 kwietnia 2020 r. Odwołująca przekazała dokument polisy ubezpieczeniowej, o numerze i serii: INF 893004. Umowa ubezpieczenia Odwołującej została zawarta z Wiener Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group. W treści polisy wskazano wprost, że okres objęcia ubezpieczeniem odpowiedzialności cywilnej Odwołującej trwa od 17 marca 2020 r. do 16 marca 2021 r. Bazowa suma ubezpieczenia została ustalona na kwotę 500.000,00 zł. Składka ubezpieczeniowa została natomiast wyliczona w wysokości 1.769,00 zł. Odwołująca uiściła ją w całości w dniu 25 marca 2020 r. Potwierdzenie uiszczenia składki na poczet polisy przez Odwołującą zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 3 kwietnia 2020 r., w związku z wezwaniem z dnia 3 kwietnia 2020 r. do złożenia tego dokumentu.

Pomimo powyższej korespondencji, Zamawiający rozstrzygając postępowanie uznał, że Odwołująca warunku nie dopełniła. Skutkowało to wykluczeniem. W uzasadnieniu stanowiska Zamawiającego wskazano, że fakt opłacenia polisy w dniu 25 marca 2020 r., tj. już po otwarciu ofert w dniu 23 marca 2020 r. oznacza, że warunek posiadania polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę minimum 200.000,00 zł nie został przez Odwołującą spełniony. Jako podstawę prawną tej oceny powołano się na § 1 ust. 1 pkt 11 uchylonego już 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 (Dz. U. 2013, poz. 231), a także na art. 805 § 1 k.c. Odwołano się ponadto do nieaktualnej już opinii Urzędu Zamówień Publicznych. Pominięto natomiast dokładną treść przedstawionego przez Odwołującą dokumentu polisy ubezpieczeniowej, a także odpowiednią regulację prawa materialnego zawartą w art. 814 § 1 k.c.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Katalog dokumentów, które mogą być w toku postępowania wymagane określa obecnie Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. 2016, poz. 1126), a nie jak błędnie wskazał Zamawiający - rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiających od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

W aktualnym stanie prawnym, zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4) Rozporządzenia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, m.in. że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

W poprzednim brzmieniu wymóg, określony w rozporządzeniu z 2013 r. odnosił się do opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Obecnie wykonawca ma obowiązek wykazać, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę określoną przez zamawiającego. Nie jest wymagane

przedstawienie opłaconej polisy ubezpieczeniowej. W orzecznictwie podkreśla się, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), czy też składanych w wyniku wyjaśnień (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2056/17).

W aktualnym orzecznictwie wskazuje się dodatkowo, że dokumentem składanym na potwierdzenie spełniania warunku polegającego na posiadaniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. Nie bez znaczenia jest

przy tym treść art. 814 § 1 k.c. Stosownie do powołanego przepisu, jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Literatura przedmiotu podnosi, że datę początkową odpowiedzialności ubezpieczyciela określa zazwyczaj umowa ubezpieczenia. Z uwagi bowiem na względnie wiążący charakter komentowanego przepisu, strony mogą w sposób odmienny ustalić początek i koniec okresu odpowiedzialności ubezpieczyciela (vide: Fras Mariusz (red.), Habdas Magdalena (red.), Kodeks cywilny. Komentarz. Tom V. Zobowiązania. Część szczególna (art. 765-921(16), opublikowano: WKP 2018). Dopiero w braku stosownego postanowienia umownego odpowiedzialność ta rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty - w tym przypadku dla udowodnienia posiadania ochrony ubezpieczeniowej nie jest wystarczające zawarcie umowy ubezpieczenia (potwierdzonej w treści polisy), ale również opłacenie składki. W orzecznictwie cywilnym wyrażany jest pogląd, że skoro okres ubezpieczenia rozpoczyna się w dniu określonym w polisie, to zobowiązanie ubezpieczyciela do spełnienia określonego w umowie świadczenia w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku istnieje również od tego dnia, zaś wystąpienie przewidzianego w umowie wypadku skutkuje wymagalnością świadczenia (vide: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 2010

r., sygn. akt: 1 CSK 475/09, LEJC nr 686081). Powyższe zapatrywanie, co umknęło Zamawiającemu, jest obecnie także w całości akceptowane przez orzecznictwo Krajowej

Izby Odwoławczej (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2056/17).

Odwołujący podniósł, że w polisie wystawionej przez Wiener Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna Vienna Insurance Group określono wprost, że okres ubezpieczenia biegnie od dnia 17 marca 2020 r. do 16 marca 2021 r. Bezsprzecznie zatem strony umowy ubezpieczenia skorzystały z możliwości dokładnego ukształtowania okresu ubezpieczenia, wobec dyspozytywnego charakteru treści art. 814 § 1 k.c. Strony umowy odroczyły jedynie termin zapłaty składki ubezpieczeniowej, która nie ma jednak wpływu na okres obowiązywania umowy ubezpieczenia, ustalony wcześniej przez strony. Przedmiotowa

umowa ubezpieczenia, wobec dokonania płatności przez Odwołującą, w dalszym ciągu obowiązuje. Zdaniem Odwołującego przedstawiona umowa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej na sumę ubezpieczenia w kwocie 500.000,00 zł jest ważna i skuteczna od dnia 17 marca 2020 r. Tym samym, Odwołująca w dniu 23 marca 2020 r., tj. w dniu otwarcia ofert, wypełniła warunek określony w rozdziale IV pkt 1 pkt 1.3. lit. a)

SIWZ. Odwołująca posiadała ważne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. W konsekwencji, wykluczenie co najmniej w tym zakresie było bezpodstawne.

Niezależnie od powyższego, Zamawiający podczas wykonywania czynności uchybił art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z § 2 ust. 4 pkt 2) Rozporządzenia. Zamawiający bezzasadnie zastosował powołaną podstawę prawną, a w konsekwencji wykluczył Odwołującą z postępowania, mimo że wykazała ona spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ co do posiadania przez nią doświadczenia w realizacji co najmniej jednej usługi porządkowej.

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 pkt 1.3 lit. b) SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, by spełniali oni warunek udziału w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych. Spełnienie tego warunku następowało, jeżeli wykonawca wykazał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert by w ramach jednej umowy ciągłej nie krótszej niż przez okres 18 miesięcy, zrealizował co najmniej: jedną usługę porządkową, w zakresie obejmującym co najmniej sprzątanie przystanków autobusowych i wiat przystankowych oraz opróżniania koszy na śmieci.

W ramach złożonej przez Odwołującą oferty wskazano, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku Odwołująca będzie korzystała z potencjału podmiotu trzeciego,

tj. S.a F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F.” z siedzibą w Kuklicach. Wyjaśniono ponadto, że w ramach wymogu wiedzy i doświadczenia podmiot trzeci - współpracujący z Odwołującą, legitymuje się wymaganym doświadczeniem podczas realizacji następujących prac:

Beneficjent	Wykonawca:	Okres:	Wartość:	Przedmiot Zamówienia:
Gmina Kobierzyce	Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. Kuklice, ul. Kasztanowa 15,55- 040 Kobierzyce	01.10.2015 31.12.2018	877 500,00 zł	Opróżnianie koszy na śmieci i psie odchody, sprzątanie wiat przystankowych na terenie Gminy Kobierzyce
Gmina Kobierzyce	Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. Kuklice, ul. Kasztanowa 15,55- 040 Kobierzyce	04.02.2019 30.03.2020	299 000,00zł	Opróżnianie koszy na śmieci i psie odchody, sprzątanie wiat przystankowych na terenie Gminy Kobierzyce

Po otwarciu ofert w dniu 26 marca 2020 r. Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującą do złożenia wyjaśnień dotyczących wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi Odwołująca wyjaśniła szczegółowo, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia będzie korzystała w szerokim zakresie z zasobów wskazanego podmiotu. Wyjaśniono jednocześnie, czego nie dostrzegł Zamawiający, że S. F. nie będzie pełnił roli podwykonawcy, czy też osoby pełniącej wyłącznie funkcję doradczą- nadzorczą, a będzie współpracował bezpośrednio z Odwołującą przy realizacji usługi. Współpraca ta będzie realna. Wskazano szczegółowo, że S. F. będzie faktycznie wykonywał zadania w związku z realizacją usługi, a ponadto będzie udostępniał zasoby swojego przedsiębiorstwa, w tym w szczególności zasoby osobowe i rzeczowe. Powołany podmiot będzie także dzielił się wiedzą i niezbędnym doświadczeniem związanym z realizacją oraz wykonywaniem usług porządkowych.

Zamawiający rozstrzygając postępowanie pominął, iż Odwołująca złożyła wyczerpujące wyjaśnienia co do charakteru i zakresu współpracy ze S. F.. W szczególności wskazano, że współdziałanie będzie odbywać się na podstawie odrębnej umowy współpracy. Porozumienie to zawarte i wykonywane będzie przez cały czas realizacji zamówienia. Odwołująca zaakcentowała, że jeszcze przed otwarciem ofert - na podstawie umowy przedwstępnej - zagwarantowała sobie możliwość skorzystania z doświadczenia, zasobów (rzeczowych i osobowych) oraz usług S. F.. W ramach potwierdzenia tych okoliczności przekazała Zamawiającemu zawarte przedwstępne porozumienie z podmiotem trzecim. Odwołująca wyjaśniła także, że zawarcie ostatecznej umowy współpracy nastąpi bezpośrednio po rozstrzygnięciu postępowania. W piśmie z dnia 1 kwietnia 2020 r. Odwołująca uszczegółowiła kompleksowo zakres działań, prac i zasobów, które miała uzyskać od podmiotu trzeciego i dzięki którym spełnione zostały wymagania określone w ramach postępowania. Podniesiono, że S. F. w ramach współpracy będzie sprawował nie tylko nadzór nad bieżącym wykonywaniem zadań zleconych w ramach przetargu przez pracowników Odwołującej ale także udostępniał swoją wiedzę i zasoby rzeczowe oraz osobowe. W szczególności wyjaśniono, że S. F. będzie odpowiedzialny za opracowanie, przygotowanie i wdrożenie tygodniowych oraz miesięcznych planów prawidłowej realizacji zamówienia, w tym harmonogramu prac, przebiegu tras przejazdowych czy obsady zespołów do realizacji zamówionych usług. Zadaniem podmiotu trzeciego będzie ponadto przygotowanie i doradztwo Odwołującej przy opracowaniu niezbędnych grafików dla jej pracowników - celem umożliwienia prawidłowego wykonania działań. Dodatkowo zaplanowano, że S. F. będzie obecny i dostępny do wykorzystania codziennie rano w bazie Odwołującej, przeznaczonej dla obsługi całego zamówienia, pełniąc także uzupełniająco funkcję nadzorczą i kierowniczą. Wyjaśniono, że S. F. będzie kontrolował terminowość i rzetelność podjętych przez pracowników Odwołującej działań. W razie potrzeby, będzie udzielał także niezbędnych instrukcji i wyjaśnień co do technicznych aspektów realizacji usług porządkowych. Podkreślono ponadto, że w znacznej części działań, tj. średnio przez czas około 50 % w miesiącu, S. F. wraz ze swoimi wybranymi pracownikami będzie bezpośrednio z pracownikami Odwołującej współdziałał w realizacji zleconych usług, wykonując kierownictwo nad pracującymi zespołami w terenie oraz nadzorując rzetelność wykonywanych przez nich prac, także poprzez ich odbiór końcowy. S. F. w ramach współpracy z Odwołującą będzie wykorzystywał posiadany i zgromadzony w toku całej

swojej działalności gospodarczej sprzęt - niezbędny do wykonywania takich zamówień, jak usługi będące przedmiotem postępowania. Wprost wskazano i podkreślono, że w ramach zawartej umowy współpracy Odwołująca będzie korzystała z posiadanego przez S. F. sprzętu.

Całość przedstawionych przez Odwołującą wyjaśnień wprost wskazywała, że Odwołująca zapewniła niezbędne zasoby i doświadczenie podmiotu trzeciego celem spełnienia wymogu posiadania doświadczenia w realizacji co najmniej jednej usługi porządkowej w zakresie obejmującym co najmniej sprzątanie przystanków autobusowych, wiat przystankowych oraz opróżniania koszy na śmieci. W ocenie Odwołującej całość uzyskanych od podmiotu trzeciego zasobów, w tym wiedzy, sprzętu, pracowników i doświadczenia sprawi, że Odwołująca w sposób rzetelny i prawidłowy wykona przedmiot postępowania. Wypracowany i przyjęty model współpracy zapewni realne, a nie pozorne, korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, a także sprawi, że zarówno sam S. F., jak i całe jego przedsiębiorstwo, w tym pracownicy i sprzęt będą zaangażowani w realizację zadania.

W świetle aktualnych poglądów orzecznictwa nieuprawnionym jest, według Odwołującego, twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 ustawy Pzp koniecznym jest, ażeby podmiot udostępniający zasoby występował i wykonywał osobiście całość zakresu prac, którego dotyczy jego doświadczenie. Takie zapatrywanie Zamawiającego nie oddaje specyfiki przedmiotu zamówienia. Nie uwzględnia, że w ramach usługi sprzątania przystanków autobusowych i wiat przystankowych, a także opróżniania koszy na śmieci, nie jest technicznie możliwe wyodrębnienie i rozdzielenie zakresu prac, które może wykonać wyłącznie podmiot udostępniający zasoby. Zamawiający zapomina, że powyższe usługi wymagają współpracy grupy osób, a zapewnienie przez Odwołującą udziału bezpośredniego S. F., jak również niezbędnych narzędzi oraz pracowników jego przedsiębiorstwa, wystarczy dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo Izby akcentuje jedynie konieczność zapewnienia realnej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci. Realizacja ta nie musi jednak oznaczać przyjęcia jakiegokolwiek sformalizowanej roli, w tym choćby podwykonawstwa (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2018 r., KIO 1336/18, LEX nr 2567857). W innych orzeczeniach wskazuje się, że wymóg z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia - w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2018 r., sygn. akt: KIO 211/18, LEX nr 2477381). Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wykonawca ma prawo do polegania, w przypadku konkretnego zamówienia, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z tymi podmiotami powiązań, o ile instytucji zamawiającej zostanie wykazane, że kandydat lub oferent będzie w rzeczywistości dysponował zasobami tych podmiotów, które to zasoby są niezbędne do wykonania tego zamówienia. Wskazuje się dodatkowo, że w praktyce wydaje się trudne, a wręcz niemożliwe, aby wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych podmiotów. Należy zatem uznać, że dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia w sytuacji realizacji robót lub usług przez podmiot, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmiot ów będzie roboty czy usługi realizował, o ile nie uczyni to udostępnienia tych zasobów pozornym (vide: wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. akt: C-324/14, opublikowane ZOTSIS 2016/4/1-214, LEX nr 2015062).

Powyższe zapatrywanie jest powszechnie akceptowane w polskim orzecznictwie, w który wskazuje się uzupełniająco, że pojęcie „posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia” obejmuje także takie składniki przedsiębiorstwa, jak know-how, tajemnica przedsiębiorstwa, dokumentacja, goodwill, renoma itp. Pojęcie „niezbędna wiedza i doświadczenie” w rozumieniu przepisów prawa zamówień publicznych obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa. Przez „posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia” trzeba zatem rozumieć stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Należy również zwrócić uwagę, że „wiedza i doświadczenie” nie zostały zawarte wprost w katalogu przewidzianym w art. 551 k.c. do składników niematerialnych przedsiębiorstwa, a w orzecznictwie i doktrynie nie wyróżnia się również takiego składnika. Są to przymioty związane nie z przedsiębiorstwem, ale bezpośrednio z przedsiębiorcą w ujęciu podmiotowym lub pracownikami tego przedsiębiorstwa. (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt: III CZP 87/08, LEX nr 470908). Jednocześnie w orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, iż zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, ale też wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Mowa tu o udziale bezpośrednim, jednak nie wyłącznej realizacji usług. Dopuszczono przy tym różne formy tego udziału, w zależności od specyfiki konkretnego zamówienia. Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez

oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia (vide: Marzena Jaworska (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją r.pr. Marzeny Jaworskiej. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2018, str. 186-195).

Zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Zakładu Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F., do udostępnienia zasobów i doświadczenia na rzecz Wykonawcy w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, jest w całości prawidłowe. Odwołująca wykazała, że podmiot trzeci, wskazany z imienia i nazwiska, dysponuje niezbędną wiedzą i zasobami do współwykonywania przedmiotu zamówienia. Zamawiający zobowiązany był do oceny złożonego zobowiązania w zakresie ograniczonym do wymagań określonych w art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że w SIWZ nie wprowadził dodatkowego opisu wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu z zakresu wiedzy i doświadczenia. Odwołująca legitymuje się zatem wystarczającym, pisemnym zobowiązaniem do oddania do dyspozycji jej zasobów w zakresie wiedzy, doświadczenia i sprzętu, niezbędnych do realizacji zamówienia, a nie tylko części zasobów w postaci nadzoru nad działaniem Odwołującej. Umknęło Zamawiającemu, że Odwołująca dysponuje zobowiązaniem S. F. do udostępnienia tych zasobów przez cały okres wykonywania zamówienia przez Odwołującą. Tym samym spełniony został warunek określony w Rozdziale IV pkt 1 ppkt 1.3 lit. b) SIWZ. Skoro Odwołująca spełniała warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ, została bezprawnie wykluczona przez Zamawiającego..

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp przez odrzucenie złożonej przez

Odwołującą oferty.

Odwołująca spełniła w całości wymagania udziału w przetargu, a zatem jej oferta powinna podlegać całościowej ocenie w ramach otwarcia ofert.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. W literaturze przedmiotu wskazuje się, że przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp nie stosuje się do postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ponieważ jest to postępowanie jednoetapowe i w trybie tym konsekwencją wykluczenia wykonawcy jest uznanie jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp (vide: Nowicki Józef Edmund, Kolečki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, opublikowano: WKP 2019). Orzecznictwo podnosi także, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego w przypadku niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wyklucza wykonawcę z postępowania i nie orzeka o odrzuceniu oferty (vide: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 29 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2154/16, LEX nr 2164292; z dnia 16 listopada 2016 r., sygn. akt: KIO 2075/16, LEX nr 2162725; i z dnia 14 marca 2016 r., sygn. akt: KIO 268/16 oraz KIO 270/16, LEX nr 2015693).

Skoro zarzut bezzasadnego wykluczenia Odwołującej z postępowania jest bezpodstawny, to w konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana jest uznać, że także zarzut bezpodstawnego odrzucenia jej oferty jest słuszny. Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jest konsekwencją wykluczenia Odwołującej, które nie miało dostatecznych podstaw. Co więcej, wobec regulacji art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 5) w ogóle nie było możliwe. W przypadku zatem stwierdzenia, że wykluczenie nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, odrzucenie oferty Odwołującej musi zostać uznane za nieprawidłowe, jako dokonane z naruszeniem wskazanego przepisu.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp

Uchybienie to polegało na naruszeniu zasady proporcjonalności i przejrzystości postępowania, w tym w ramach uzasadnienia decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującej. Związane jest to z ujawnioną sprzecznością pomiędzy podstawami wykluczenia powołanymi przez Zamawiającego, a treścią przepisów prawa i wymogów określonych w SIWZ, których spełnienie zostało należycie przez Odwołującą wykazane w toku postępowania.

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Powszechnie wskazuje się, że zawarta w tym przepisie norma prawna statuuje zasadę równego traktowania wykonawców, a także obowiązek Zamawiającego zachowania warunków uczciwej konkurencji, jak i zasadę przejrzystości postępowania. W literaturze przedmiotu akcentuje się, że obowiązek równego traktowania

oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania (vide: Nowicki Józef Edmund,

Kołecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, opublikowano: WKP

2019). Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2011 r., sygn. akt: KIO 1886/11, LEJC nr 964335). Orzecznictwo podnosi, że zasady udzielania zamówień publicznych, takie jak przejrzystość postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji wymagają od zamawiającego zakomunikowania wykonawcom, na jakiej podstawie prawnej i faktycznej podjęte zostały decyzje uniemożliwiające im dalszy udział w postępowaniu. W szczególności uzasadnienie faktyczne tej czynności powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2019 r., sygn. akt: KIO 2280/19, LEX nr 2750793). W innych orzeczeniach wskazuje się, że możliwość konkurowania na równych i uczciwych zasadach z innymi uczestnikami rynku została zagwarantowana w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powoduje to dodatkowe uzasadnienie do odrzucenia oferty tego z wykonawców, który narusza przedmiotową zasadę. Obowiązkiem zamawiającego jest stworzenie na gruncie postępowania ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne, a obowiązkiem wykonawców jest właściwe konkurowanie o wybór ich ofert (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2019 r., sygn. akt: KIO 2332/19, LEXnr 2769759).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający w prowadzonym postępowaniu naruszył zasady przejrzystości i równego traktowania wykonawców. W uzasadnieniu stanowiska o wykluczeniu poprzestał jedynie na przedstawieniu podstawy wykluczenia (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawa Pzp), nie przedstawiając jednak dalszego, rzetelnego uzasadnienia stanowiska. Co więcej, za rażąco błędne uznać należy powołanie się przez Zamawiającego na nieaktualny stan prawny w zakresie rozporządzenia z 2013 r. określającego dokumenty, które zamawiający może żądać od wykonawców w ramach udzielenia zamówień publicznych. Nieprawidłowym działaniem Zamawiającego było także powołanie się na nieaktualną opinię Urzędu Zamówień Publicznych, która nie mogła mieć zastosowania w sprawie. Za bezprawne uznać należy ponadto zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a odrzucenie oferty Odwołującej zaklasyfikować należy jako bezzasadne.

Dokonując wskazywanych czynności Zamawiający uchybił zasadzie przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców. Nie sposób jest z treści uzasadnienia faktycznego wywieść, co legło u podstaw decyzji Zamawiającego - skoro nie odniesiono się merytorycznie do wyjaśnień Odwołującej z dnia 1 kwietnia 2020 r. Poprzez powyższe uchybienia Zamawiającego, prawo Odwołującej do zapoznania się podstawą oceny tych czynności zostało rażąco naruszone.

W świetle powyższych okoliczności, Odwołujący wnosił i wywodził jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 843/20

W prowadzonym postępowaniu na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, art. 180 ust. 2 pkt 6, art. 182. ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie części I i II zamówienia odwołanie złożył

również wykonawca: A.J. prowadzący działalność pod firmą „Herkules”

z siedzibą we Wrocławiu, (dalej jako Odwołujący 1 lub Herkules).

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności Zamawiającego oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, podjętych w postępowaniu, polegających na:

a) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Usługi Ogrodniczo - Porządkowe WW-Serwis W. W., Tyniec nad Ślężą, (zwany dalej WW-Serwis);

b) błędnej czynności badania i oceny oferty WW-SERWIS, w ramach spełnienia warunków udziału, jak i błędnej ocenie złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i uznanie, iż spełniają one wymagania określone w ustawie Pzp, podczas gdy złożone wyjaśnienia są lakoniczne, ogólne, niewystarczające, nie poparte żadnymi dowodami, co więcej zawarte w nich treści wprost wskazują na okoliczność zaoferowania rażąco niskiej ceny;

c) zaniechania czynności wykluczenia WW-Serwis z postępowania i zaniechania czynności uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo tego, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków w postępowaniu;

d) zaniechaniu odrzucenia oferty WW-Serwis, mimo iż zawiera ona cenę skalkulowaną nierzetelnie, rażąco niską, niższą o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych, w szczególności wykonawca nie udźwignął ciążącego na nim ciężaru udowodnienia, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;

e) prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp poprzez stworzenie sytuacji, w której porównanie ofert nie jest możliwe.

Herkules zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez uznanie, że treść oferty wykonawcy WW-Serwis odpowiadała treści SIWZ;

2. art. 22 d) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że firma nie wykazała spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu;

3. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2

ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania WW-Serwis i odrzucenia jego oferty pomimo tego, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz pomimo, że WW-Serwis w wyniku co najmniej lekkomyślności

lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego o udzielenie zamówienia;

4. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz dokonanie wyboru oferty wykonawcy WW-SERWIS jako najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy;

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1-2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez WW-Serwis w sytuacji, gdy:

- wykonawca złożył nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne wyjaśnienia, a przede wszystkim nie przedstawił dowodów, uzasadniających podniesione przez siebie twierdzenia w zakresie ceny i jej istotnych części składowych, a tym samym nie wykazał, że jego oferta

nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,

- wykonawca nie doszacował istotnej części składowej ceny, jaką są narzuty pracodawcy na wynagrodzenie pracownika, oraz nie przewidział umów o pracę wymaganych przez Zamawiającego, a także nie skalkulował pełnego zakresu przedmiotu zamówienia (w związku z powyższym nie jest on w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego) co bezpośrednio wpłynęło na zaproponowaną cenę rażąco niską.

a w konsekwencji

- zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez WW-Serwis mimo, iż oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, wbrew dyspozycji art. 90 ust. 3 Pzp, jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej, nie przeprowadzając pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez WW-Serwis, mimo iż:

- oferent nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodu, a tym samym nie obalił domniemania, że cena oferty jest rażąco niska,

- co więcej opisany przez oferenta sposób obliczenia ceny w wyjaśnieniach ceny

wskazuje, iż wykonawca ten nie kalkulował należycie pełnych kosztów realizacji usługi.

Odwołujący 1 wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy WW-Serwis;
2. dokonania ponownego badania złożonych ofert;
3. wykluczenia z postępowania WW-Serwis z przyczyn wskazanych w odwołaniu;
4. odrzucenia oferty złożonej przez WW-Serwis;
5. dokonania ponownej oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a w konsekwencji dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
6. zasądzeniu na rzecz Odwołującego 1 kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2020r. roku przekazał informację pn „rozstrzygnięcie postępowania” drogą elektroniczną, natomiast dnia 15 kwietnia „sprostowanie rozstrzygnięcia postępowania” również elektronicznie oraz przez zamieszczenie informacji na platformie. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp został dochowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący Herkules uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący 1 wskazał, że posiada legitymację czynną niezbędną do wniesienia odwołania. To oferta Odwołującego 1 a nie dotychczas wybranego Wykonawcy winna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza albowiem jest ważna tj. nie podlega odrzuceniu oraz spełnia warunki określone w SIWZ, w tym warunki udziału w postępowaniu określone względem Wykonawcy. Oferta Odwołującego 1 jest na drugim miejscu. Odwołujący 1 może ponieść realną szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami art. 24aa ust. 1 i 2 ustawy Pzp (dla tzw. „procedury odwróconej”).

Zamawiający w rozdziale IV SIWZ opisał warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny spełniania tych warunków. W rozdziale IV ust. 1 pkt 1.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że: „Udział w postępowaniu publicznym mogą wziąć Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące (...)

a) sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj.:

- posiadają ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 200.000,00zł
- b) zdolności technicznej lub zawodowej tj.:

- wykonawca spełni warunki jeśli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy (gdzie minimalny okres dotychczasowego świadczenia usługi w ramach jednej umowy ciągłej wynosił na dzień składania ofert 18 miesięcy) - w tym okresie, zrealizował co najmniej: jedną usługę porządkową, w zakresie obejmującym co najmniej sprzątnięcie przystanków autobusowych i wiat przystankowych, oraz opróżnianie koszy na śmieci, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie(...)."

W dniu 6 kwietnia 2020 roku Zamawiający wezwał firmę WW-Serwis, w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp - do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów wymaganych zapisami rozdz. V SIWZ, uwzględniające wymogi określone w rozdz. IV, w tym do złożenia ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności oraz wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat wraz z załączeniem dowodów.

Na wezwanie Zamawiającego WW-Serwis przedłożyło m. in. polisę odpowiedzialności cywilnej na okres od dnia 24.04.2019 r. do dnia 23.04.2020r. wystawioną przez Gothaer Towarzystwo Ubezpieczeniowe (seria i numer INF123549). Z jej treści wynika, iż płatność za polisę została rozłożona na 2 raty. Pierwsza rata na 23.04.2019r. - 1.385,01zł a druga rata 24.10.2019r. - 1384,99zł. Wykonawca załączył również potwierdzenie opłacenia składki, ale dokonanej dopiero dnia 27.02.2020r. jednorazowo w kwocie 2770,00zł (10 miesięcy po terminie płatności).

Zgodnie z treścią Ogólnych Warunków Ubezpieczenia Wiener TU S.A. dostępnych na stronie internetowej ubezpieczyciela (W 2019r. Vienna Insurance Group nabyła od Gothaer wszystkie udziały w spółce. W wyniku transakcji towarzystwo zmieniło nazwę na Wiener TU S.A.) „W razie opłacania składki w ratach, niezapłacenie w terminie kolejnej raty składki powoduje ustanie odpowiedzialności Wiener TU S.A. Vienna Insurance Group po upływie 7 dni od daty otrzymania przez Ubezpieczającego pisemnego wezwania do zapłaty raty składki wraz z informacją o skutkach jej niezapłacenia, jeśli rata składki nie została zapłacona”.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów stanowi, że dokumentem potwierdzającym sytuację ekonomiczną lub finansową jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego. W SIWZ Zamawiający wskazał, iż dokumentem, jakim żąda od wykonawcy jest „ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 200.000,00zł”.

W tej sytuacji polisa potwierdzająca zdolność ekonomiczną lub finansową i fakt ubezpieczenia wykonawcy wymaga przedłożenia dowodu, że polisa została opłacona. Z treści art. 814 § 1 k.c. wynika bowiem, że: „Jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty”. Zgodnie z przepisami prawa, dla udowodnienia posiadania ochrony ubezpieczeniowej nie jest wystarczające samo zawarcie umowy ubezpieczenia (potwierdzonej w treści polisy),

ale też fakt zapłaty składki. Tylko w takim przypadku można uznać, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej. (KIO 821/17)

WW-Serwis opłacił polisę 10 miesięcy po terminie płatności, co w powiązaniu z ogólnodostępnymi warunkami ubezpieczenia, świadczy o ustaniu odpowiedzialności Towarzystwa Ubezpieczeniowego. Tym samym wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku.

Zamawiający wymagał wykazania co najmniej jednej usługi porządkowej, w zakresie obejmującym co najmniej:

- 1) sprzątanie przystanków autobusowych
- 2) wiat przystankowych
- 3) opróżnianie koszy na śmieci

gdzie minimalny okres dotychczasowego świadczenia usługi w ramach jednej umowy ciągłej wynosił na dzień składania ofert 18 miesięcy.

Warunek ten należy interpretować w oparciu o jego treść literalną.

Na wezwanie Zamawiającego WW-Serwis przedstawił również wykaz usług, w którym wskazał 3 usługi wraz z referencjami - w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału doświadczenia:

1. Podmiot: Cejs Sp. z o.o., Wrocław

Zakres: utrzymanie czystości przystanków, wiat przystankowych oraz opróżnianie koszy na śmieci

Termin: 01.01.2016-31.12.2018; Wartość: 21.157,77 zł

2. Podmiot: Usługi Zieleni „Cis” H. G., Wrocław

Zakres: utrzymanie czystości parków, zieleńców ze zbieraniem śmieci, utrzymanie ścieżek, opróżnianie kubłów, bieżąca ich konserwacja oraz utrzymanie wiat przystankowych na terenie Gminy Wrocław

Termin: 05.04.2018-do chwili obecnej ;Wartość: 21.168,00 zł

3. Podmiot: Gmina Kobierzyce (KOSIR)

Zakres: usługa odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów opakowaniowych

Termin: od marca do 31.12.2020; Wartość: 55.080,00

Do pierwszych dwóch usług zostały załączone referencje, do trzeciej załączono tylko protokół odbioru usług za miesiąc marzec, więc nie potwierdza on należytego wykonania usług w okresie minimum 18mcy.

Zamawiający wprost zaznaczył w treści wykazu, że „opisanie przedmiotu usług powinno być sporządzone w sposób umożliwiający jednoznaczne stwierdzenie, czy wskazana usługa potwierdza spełnienie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, opisanego przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ”. Wykonawca winien uszczegółowić w załączniku „doświadczenie zawodowe” rodzaj usługi w celu umożliwienia

Zamawiającemu weryfikacji spełnienia warunków zamówienia.

Zdaniem Odwołującego Herkules Wykonawca WW-Serwis nie potwierdził spełnienia warunków zawartych w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.3 lit. b) SIWZ, a załączony wykaz oraz referencje mogą być wręcz mylące dla Zamawiającego.

Dla pozycji nr 1 wykazu, Wykonawca wykazał, że prace spełniające warunki stawiane SIWZ to: utrzymanie czystości przystanków, wiat przystankowych oraz opróżnianie koszy na śmieci.

Jak wynika z listu referencyjnego usługi świadczone były na Centrach Logistycznych, co powinno wzbudzić w Zamawiającym wątpliwości (nawet sam fakt ogólnikowego sformułowania „centra logistyczne”, bez podania konkretnych, utrudnia weryfikację potwierdzenia spełnienia wymogów). Ponadto nigdzie nie wykazano iż chodzi akurat o przystanki autobusowe, a taki bym wymóg Zamawiającego. Wykonawca posługuje się jedynie sformułowaniem „przystanek”. Przystanki autobusowe są własnością gmin, miast lub przewoźników, dlatego Odwołujący 1 wskazuje, że realizowane prace w punkcie 1 wykazu w ogóle nie obejmowały przystanków autobusowych. Na zdjęciach satelitarnych google maps, na terenach centrów logistycznych we wskazanych miejscowościach, nie widnieją przystanki autobusowe poza zlokalizowanymi na drogach publicznych, a te nie są utrzymywane przez Centrum Logistyczne. A więc wykazane usługi nie potwierdzają realizacji wymaganych prac przez Zamawiającego. O czym WW-Serwis doskonale wiedział i był tego świadomy, podając te informacje. Ponadto referencja wystawiona przez firmę CEJS Sp. z o.o. sp. k. zawiera dwie pieczętki firmowe o różnych numerach NIP.

W przypadku pozycji nr 2, wykazane prace nie obejmowały sprzątania przystanków autobusowych w ogóle, a taki wymóg przedstawił w SIWZ Zamawiający (brak informacji zarówno w wykazie, jak i w referencji). Dlatego usługa ta w ogóle nie powinna być brana pod uwagę przez Zamawiającego, jako potwierdzająca spełnienie warunku zdolności technicznej lub zawodowej. Na terenie Gminy Wrocław sprzątaniem przystanków zajmuje się spółka Ekosystem, natomiast utrzymaniem i myciem wiat ZDiUM.

Powyższe dowody w sposób bezpośredni dowodzą, iż WW-Serwis w sposób celowy i zamierzony wprowadził Zamawiającego w błąd, co było wynikiem lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, albowiem nie sposób przyjąć, iż wykonawca, który wykonując określone usługi na rzecz swoich kontrahentów nie zna zakresu świadczenia tych usług, czy nie zna ich wartości.

W ocenie Odwołującego 1 działanie takie stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, albowiem nawet błąd nieświadomy, wywołany z przyczyn niezależnych od wykonawcy stanowi podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, pod warunkiem, że błąd ten może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Złożenie nieprawidłowego wykazu usług z całą pewnością było działaniem lekkomyślnym lub niedbalstwą. Oceny, czy zachowanie to miało znamiona lekkomyślności/niedbalstwa, należy dokonywać w odniesieniu do dyspozycji art. 355 § 2 kc., tj. zawodowej staranności wykonawcy WW-Serwis. Uważa się, że profesjonalizm dłużnika-specjalisty powinien przejawiać się w dwóch podstawowych cechach jego zachowania: postępowaniu zgodnym z regułami fachowej wiedzy oraz sumienności. Wzorzec należytej staranności musi uwzględnić zwiększone oczekiwania co do zawodowych kwalifikacji dłużnika-specjalisty, co do jego wiedzy, jak i praktycznych umiejętności skorzystania z niej (por. wyrok SN: z dnia 22.09.2005 r., IV CK 100/05, LEX nr 187120). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (wyrok SA w Poznaniu z dnia 08.03.2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05). Wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 kc, oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia i umiejętności

praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania (wyrok SA w Łodzi z dnia 06.10.2016 r., sygn. akt I ACa 246/16).

Złożenie nieprawidłowego (nieprawdziwego) wykazu było też działaniem mogącym mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Wskutek złożenia wykazu w zaprezentowany sposób, został on „zakwalifikowany” do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji, jego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Tym samym, złożenie wykazu miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Zamawiający winien był wykluczyć firmę Usługi Ogrodniczo - Porządkowe WW-Serwis W. W. z postępowania, z uwagi na działanie niedbałe/lekkomyślne, które mogło wprowadzić Zamawiającego w błąd i wpłynąć na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego 1, świadome posłużenie się doświadczeniem zawodowym, w którym wskazane usługi referencyjne, nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, miało charakter celowy, a wykonawca świadomie dążył do wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Nie ma też wątpliwości, że działanie takie miało wpływ na wynik postępowania. Brak dysponowania odpowiednim doświadczeniem spowodowałoby, iż wykonawca nie spełniłby warunków udziału w postępowaniu.

WW-Serwis nie może zasłaniać się faktem, że nie mieli świadomości, co do nie spełniania przez wskazane przez nich zadania wymogów SIWZ, albowiem zadania te

wykonawca według przedstawionych informacji realizował osobiście. Załączył też referencje dla tych inwestycji, tym samym miał pełną świadomość, że usługi te różniły się od wymagań Zamawiającego, a pomimo tego w taki sposób opisał przedmiot usług, by Zamawiający miał wrażenie, że prace te odpowiadają jego wymaganiom.

Zdaniem Odwołującego 1, niezależnie od wykluczenia WW-Serwis z postępowania

na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zachodzą też przesłanki, do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp. Zgodnie z jego dyspozycją z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

Do wykluczenia wykonawcy konieczne jest więc w tym przypadku kumulatywne spełnienie następujących przesłanek:

- wykonawca działał w sposób zamierzony lub w warunkach rażącego niedbalstwa,
- wskutek tego zachowania zamawiający został wprowadzony w błąd,
- błąd dotyczy informacji, co do istnienia podstaw wykluczenia wykonawcy, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Doświadczenie zawodowe załączone przez WW-Serwis zostało wypełnione w taki sposób, by sprawić wrażenie, że spełnia ono wymogi podmiotowe w postępowaniu. Tym samym można przyjąć, że zostały spełnione opisane przesłanki, gdyż Zamawiający został wprowadzony w błąd, bowiem wbrew stanowi faktycznemu przyjął, że wykonawca nie podlega wykluczeniu.

W nauce prawa cywilnego przyjmuje się, w ślad za konstrukcją prawa karnego, że w wypadku winy umyślnej (zamierzonego działania) sprawca chce wyrządzić drugiemu szkodę lub naruszyć, ciążący na nim obowiązek albo przewidując możliwość takiego zachowania, co najmniej świadomie godzi się na powstanie takiego skutku. Rażące niedbalstwo to z kolei postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należytego zachowania się dłużnika (zob. Z. Radwański „Zobowiązania”, s. 268).

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10.03.2004 r., sygn. IV CK 151/03 wskazał, iż „Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy

w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej, (...). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak; zasady współzycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje".

W kontekście zamówień publicznych, elementem koniecznym do ustalenia czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa jest ustalenie standardu staranności jakim winien wykazać się wykonawca. W postępowaniu należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru działalności WW-Serwis (art. 355 § 2 kc.). Prowadzona przez niego działalność profesjonalna uzasadnia zwiększone oczekiwania, co do jego umiejętności w zakresie prowadzonej działalności. Oczekiwania te są zwiększone tym bardziej, że podstawową działalnością wykonawcy jest działalność w zakresie usług prawniczych, a zatem WW-Serwis ma pełną świadomość tego, jakie prace można uznać za spełniające wymogi zamawiającego, a jakie prace wymogu tego nie spełniają.

Niezależnie od zmiany brzmienia przepisu regulującego konsekwencje złożenia nieprawdziwych informacji przez wykonawcę, aktualne pozostaje stanowisko, zgodnie z którym złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą i nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy.

Odwołujący 1 podziela stanowisko wypracowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych, iż złożenie przez wykonawcę dokumentów, które wprowadzają zamawiającego w błąd, tj. poprzez świadome ich podanie zamawiającemu - zamierzone działanie - powoduje skutek bezpośredni polegający na wykluczeniu takiego wykonawcy z postępowania. W powyższym zakresie wykluczona jest bowiem możliwość wzywania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp.

Wybór najkorzystniejszej oferty to ukoronowanie szeregu czynności i działań lub zaniechań i ta właśnie końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma znaczenia to, który element procesu decyzyjnego był wadliwy. Wobec faktów, że wybrany Wykonawca nie potwierdził w swojej ofercie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej, budzi to u Odwołującego 1 uzasadnione przekonanie o niewłaściwym wyborze oferty WW-Serwis jako najkorzystniejszej w obydwu przypadkach, tj. polisy ubezpieczeniowej oraz doświadczenia zawodowego.

Zarzut rażąco niskiej ceny:

Z przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w związku z art. 90 ust. 1-2 ustawy Pzp wynika, iż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego dotyczącego ceny oferty. Ponadto, zamawiający obowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli stwierdzi że zawiera ona rażąco niską cenę albo jeżeli wykonawca nie sprostą obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym gdy w ogóle nie przedstawił wyjaśnień w tym zakresie.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do WW-Serwis o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, na okoliczność udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zaoferowana przez wykonawcę cena jest o 30% niższa od wartości zamówienia podstawowego powiększonej o należny podatek od towarów i usług oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert.

Odpowiedź WW-Serwis na wezwanie, w ocenie Odwołującego 1, potwierdziła rażąco niską cenę zaproponowaną oferty tego wykonawcy.

Przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego

rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ustawy Pzp mają na celu wykazanie, iż oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert lub szacowanych przez Zamawiającego kosztów, nadal jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem. W związku z tym zdawkowe, ogólne i uniwersalne natury

wyjaśnienia nie stanowią podstawy do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego WW-Serwis, zdaniem Herkules, nie obaliło domniemania, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę. Okoliczności wskazane przez

oferenta nie zostały poparte dowodami i rzetelnymi kalkulacjami potwierdzającymi możliwość zaoferowania niższej ceny niż ceny zawarte w ofertach pozostałych wykonawców. Brak jest okoliczności wymienionych w wyjaśnieniach WW- Serwis, wskazujących dlaczego jego zdaniem mają one na tyle indywidualny charakter, aby umożliwiały wyłącznie temu wykonawcy znaczne obniżenie ceny oferty.

Złożone wyjaśnienia powinny wskazywać, jakie czynniki umożliwiły wykonawcy obniżenie ceny. Wszędzie tam, gdzie to możliwe, wykonawca powinien przedstawić dowody na okoliczność, o których pisze w wyjaśnieniach (tak KIO w wyroku z 27 listopada 2018r., sygn. akt KIO 2325/18).

Bez zapoznania się ze szczegółami sprawy (okoliczności, różnica w cenie, ulgi itp.)

nie można jednoznacznie stwierdzić, czy wystarczające jest wyjaśnienie wykonawcy sprowadzające się do stwierdzenia, że cena odpowiada rynkowej wartości usług objętych

przedmiotem zamówienia, została skalkulowana z uwzględnieniem aktualnej sytuacji w branży. WW-Serwis nie przedstawiło na tę okoliczność żadnych dowodów, iż ceny zaproponowane przez niego są adekwatne do cen obowiązujących na rynku tożsamych usług.

WW-Serwis wyjaśniając brak rażąco niskiej ceny przywołuje postępowanie (zapytanie ofertowe) pn. „Świadczenie usługi polegającej na utrzymaniu w czystości oraz opróżnianiu wraz z myciem i konserwacją koszy na śmieci na terenach administrowanych przez KOSiR - teren Gminy Kobierzyce", które zostało przez niego wygrane. Trudno przyznać, aby wykonawca ten oferował ceny rynkowe, obowiązujące w branży skoro i tu różnice pomiędzy cenami wykonawców są znaczne. Firma WW-SERWIS wyceniła swoją ofertę na wartość 35.550zł brutto, natomiast następna (druga w kolejności) oferta opiewa na wartość 57.519 zł (czyli ponad 38% więcej).

W wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wykonawca WW-Serwis założył zatrudnienie oparte na rozliczeniach godzinowych z pracownikami w minimalnej stawce w wysokości 17 zł brutto. Minimalna stawka godzinowa ma zastosowanie do umów zlecenia (art. 734 Kodeksu cywilnego) lub umów o świadczenie usług, do których stosuje się przepisy o zleceniu (art. 750 Kodeksu cywilnego). Zamawiający zgodnie z pkt 13 rozdział III SIWZ wymagał zatrudnienia pracowników wyłącznie na umowę o pracę. Ponadto na brak rzetelności przy kalkulowaniu ceny usługi wskazuje chociażby fakt braku kosztów pracodawcy (tzw. narzutów), które winien on odprowadzić z wynagrodzenia pracowników. Koszt godziny pracy pracownika został przez WW-Serwis skalkulowany na poziomie 17,00 zł brutto (czyli minimalna stawka godzinowa w 2020 r. dla umów cywilnoprawnych), a nie doliczono kosztów, jakie ponosi pracodawca z tytułu zatrudnienia. Są to koszty obligatoryjne i podnoszące tym samym wartość usługi. Wykonawca nie skalkulował umów o pracę, zgodnie z rozdz. III pkt. 13 SIWZ, co jest sprzeczne z zapisami SIWZ, gdzie Zamawiający żądał zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób realizujących przedmiotową usługę.

Na niedoszacowanie oferty wskazywać może również fakt, że według rozdziału III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia - pkt 2, oraz wzoru umowy wraz z załącznikami wykonawca zobowiązany jest do opróżniania 675 szt. koszy, przez co Zamawiający rozumie pozbywanie się odpadów z przeznaczonych do tego celu pojemników ustawionych na chodnikach oraz przekazywanie odpadów do uprawnionego podmiotu zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami, a także uprzątniecie nieczystości zlokalizowanych w zasięgu 10 metrów od kosza. Wykonawca do realizacji tych prac przeznaczył jedną ekipę, w skład której wchodzi trzech pracowników świadczących tę usługę 3xtyg. przez 8rbg. Wynika z tego, że np. w piątek, kiedy należy usługę wykonać na wszystkich koszach 675szt. czas realizacji prac przy jednym koszu to 42 sekundy. W tym czasie trzeba uwzględnić opróżnienie, oczyszczenie terenu wokół do 10m, przemieszczenie się pomiędzy koszami/miejscowościami (35 miejscowości), oraz dowóz odpadów na składowisko - Odwołujący 1 uważa, że założenia przyjęte przez WW-Serwis w sposób

widoczny są nierealne i nie gwarantują wykonania usługi prawidłowo i zgodnie z wymogami.

Przyjmując nawet wprost wyliczenia godzinowe WW-Serwis, kalkulacja niedoszacowuje ilości roboczogodzin miesięcznie, a co za tym idzie kosztów, bowiem do wyliczeń przejęte zostały w wyjaśnieniach 4 tygodnie dla miesiąca. Dla przykładu wykonawca w swoich wyjaśnieniach dot. realizacji usługi „B” przewidział 3 pracowników trzy razy w tygodniu po 8 godzin=72 godziny tygodniowo x 4tygodnie = 288 godzin miesięcznie. Natomiast w roku mamy średnio 52 tygodnie (w 2020r. nawet prawie 53), więc prawidłowo powinno się przyjąć do wyliczeń 4,33 tygodnia miesięcznie (52tygodnie/12miesiący). W tym przypadku niedoszacowanie wynosi 24rbg, a błędne założenie zostało przyjęte również w wycenie innych prac. A więc niedoszacowane zostały także koszty pracy.

Ponadto zgodnie z zapisem w rozdziale III pkt. 2 ppkt. e) wykonawca winien nie dopuścić do przepełnienia koszy, przez co rozumie się opróżnianie pojemników, a w razie stwierdzenia przepełnienia, częściej niż wskazano. Czyli WW-Serwis nie doszacował kosztów, uwzględniając jedynie świadczenie usługi 3x w tygodniu, a zgodnie z wymogiem, w razie konieczności usługę należy świadczyć częściej, chociażby przez monitorowanie przepełnienia koszy.

Adekwatnie do usługi opróżniania koszy, wycena dotycząca utrzymania czystości przystanków autobusowych i wiat przystankowych jest niedoszacowana, zarówno względem wartości roboczogodzin, bowiem wszystkie wyliczenia wykonawcy opierają się na błędnej stawce 17 zł brutto bez narzutów, jak i ilości godzin przewidzianych do realizacji prac. WW-Serwis winny był wykazać, że wszystkie koszty niezbędne do realizacji usługi oraz zysk wykonawcy zamkną się kwotą netto, a nie tak jak w swoich wyliczeniach posługuje się wartością brutto, której część stanowi podatek VAT. I tak odpowiednio: dla usług związanych ze sprzątaniem przystanków - 9200,00zł netto, a dla usług związanych z opróżnianiem koszy -11040,00zł netto.

W rozdz. III pkt 8 SIWZ Zamawiający zastrzega sobie możliwość zwiększenia do 10% ilości każdego asortymentu: koszy, przystanków autobusowych, wiat przystankowych w ramach zaoferowanego miesięcznego ryczałtowego wynagrodzenia. W przedstawionych wyjaśnieniach WW-Serwis nie ma zabezpieczonych na ten cel środków.

Wykonawca zobowiązany jest też przez Zamawiającego do posiadania dla pojazdów monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, który winien udostępniać Zamawiającemu. W kalkulacji przedstawionej przez WW-Serwis brak jest tej pozycji, a więc tu też koszty zostały zaniżone.

O braku rzetelności wyceny świadczyć może również fakt, iż mimo deklaracji mycia koszy na śmieci i psie odchody myjką ciśnieniową na gorąco 2 razy na kwartał (kryterium oceny), w wyjaśnieniach przyjęto 1 raz na kwartał. A więc brak zgodności ze złożoną ofertą. W ocenie Odwoływającego 1 wyjaśnienia WW-Serwis w żaden sposób nie potwierdzają, że wykazana wycena jest realna i uwzględnia minimalne wynagrodzenie za pracę ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 202 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (tekst jednolity Dz. U. z 2018r. poz.2177).

W postępowaniu Zamawiający przewidział rozliczanie miesięczne w oparciu o zaoferowane ceny jednostkowe usługi w zakresie punktów od A) a) oraz punktu A)b) w formularzu ofertowym. W takim przypadku ceny jednostkowe dla opróżniania koszy oraz dla sprzątania przystanków nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu o które w każdym miesiącu realizacji usługi jest naliczane wynagrodzenie. Wobec powyższego wskazane ceny jednostkowe powinny być oceniane w kategorii rażąco niskiej ceny oraz pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji.

WW-Serwis jedynie ogólnie opisał pewne okoliczności w swoich wyjaśnieniach, jednakże nie przedstawił szczegółowych informacji, rzetelnych kalkulacji, wartości liczbowych pozwalających Zamawiającemu na dokonanie oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. Odwoływający 1 podkreślił, iż WW Serwis nie przedstawił wraz z wyjaśnieniami żadnych dowodów. Załączony protokół odbioru w żaden sposób nie potwierdza iż usługa została wyceniona prawidłowo. W związku z powyższym należy uznać, iż wykonawca nie sprostął obowiązkowi wykazania, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska.

Po złożeniu oferty wykonawca jest nią związany i nie może jej zmienić. Odnosi się to również do zmian cen jednostkowych zawartych w formularzu cenowym, który składa się na treść oferty. Wykonawca nie może po złożeniu oferty tłumaczyć się tym, że pewne koszty jednej pozycji ujęte są w innej (tu koszty mycia koszy w kosztach mycia przystanków). Wykonawca winien wykazać, że prawidłowo wyliczył koszt każdej z usług objętych zamówieniem.

Wyjaśnienia złożone przez WW-Serwis zawierają lakoniczne wyliczenia, a ponadto nie zostały poparte dowodami i nie wskazują na istnienie po stronie wykonawcy indywidualnych cech i okoliczności umożliwiających temu podmiotowi oferowanie cen znacznie niższych niż konkurenci. Żadnemu z tych opisanych okoliczności zaproponowanej ceny nie towarzyszyły szczegółowe wyliczenia, z których wynikałoby w jakim stopniu dana okoliczność skutkuje możliwością obniżenia ceny usługi. Nie uwzględniono też wszystkich kosztów, chociażby wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na umowy o pracę, a co za tym idzie również koszty zastępstwa na czas urlopu lub też choroby pracownika, kosztu nadzoru, monitoringu koszy, pozycjonowania pojazdów itp.

WW-Serwis nie podał wpływu wystąpienia jakichkolwiek sprzyjających okoliczności na zaoferowaną przez nich cenę - nie podał realnych wartości obniżających cenę oferty. Tymczasem dla wyjaśnienia elementów ceny mających wpływ na jej wysokość istotne są właśnie konkretne wartości i ich wpływ na cenę. W odniesieniu do oferty wykonawcy istotne jest przede wszystkim wykazanie, że cena jego oferty pokryje wszystkie koszty realizacji zamówienia i zapewni mu osiągnięcie chociażby minimalnego zysku. Do obowiązków wykonawcy należy przedstawienie pisemnych wyjaśnień, zarówno w postaci uzasadnienia zastosowanej ceny, jak również przedstawienia odpowiednich dowodów, wykazujących prawidłowość tych wyjaśnień.

Stosownie do art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powinien nie tylko przedstawić zastosowaną kalkulację oferty, ale też przedłożyć dowody, które uzasadniają przyjętą przez niego wycenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający przy dokonywanej ocenie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę powinien, stosownie do art. 90 ust. 1 Pzp, wziąć pod uwagę obiektywne czynniki wymienione w wezwaniu, przy czym wyjaśnienia powinny wyczerpująco wskazywać wszystkie czynniki mające wpływ na cenę i pozwalać, w sposób niebudzący wątpliwości, na ustalenie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wyjaśnienia złożone przez WW-Serwis nie pozwalały na jednoznaczne ustalenie, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a nawet wskazywały na niedoszacowanie pewnych kosztów usługi. W związku z tym nie mogły być uznane za potwierdzające brak w ofercie tego wykonawcy rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przesłanka braku wyjaśnień zostaje spełniona także w przypadku udzielenia przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień, w szczególności niekompletnych i zbyt ogólnych, nie pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego czy nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego Odwołujący Herkules wnosił jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołania na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawcy wnoszący odwołania 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. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty Odwołującej, zaniechanie wykluczenia Wykonawcy wybranego i zaniechanie odrzucenia jego oferty, pozbawia Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołań, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył pisemnie odpowiedzi na odwołanie, w których wnosił o oddalenie obu odwołań w całości.

Izba ustaliła, że Odwołująca złożyła polisę o ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej o numerze INF 893004 zawartą między Wiener Vienna Insurance Group a Odwołującą obejmującą okres ubezpieczenia między 17-03-2020 do 16-03-2021 na sumę gwarancyjną 500 000,00 zł, wskazano że składka łączna to 1 769,00 zł, płatna przelewem do dnia 30-03-2020. Na kolejne wezwanie złożono dowód zapłaty składki w pełnej wysokości w dniu 25-03-2020.

Wezwana do złożenia wyjaśnień co do ceny oraz udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, Odwołująca wskazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco zaniżonej ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Jest ona także prawidłowa w części dotyczącej posiadanego doświadczenia i zdolności technicznych lub zawodowych, gdyż w ramach współpracy Odwołująca korzysta z wiedzy oraz doświadczenia podmiotu trzeciego w osobie S. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F..

Złożona oferta zawiera miesięczną ryczałtową cenę w wysokości 16.000,00 zł brutto za kompleksową realizację zamówienia. Wskazana kwota łączna odpowiada rynkowej wartości usług objętych przedmiotowym zamówieniem. Oferta ta została skalkulowana z uwzględnieniem aktualnej sytuacji gospodarczej w branży usług porządkowych, uwzględnia dodatkowo rzeczywisty rozmiar kosztów i zakres zleconych prac.

Miesięczna ryczałtowa cena brutto została skalkulowana metodą kosztową. Przy jej obliczeniu uwzględnione zostały zarówno koszty stałe prowadzonej działalności, jak i koszty jednostkowe związane z zakresem zamówionych działań. Uwzględniono także odpowiednią marżę Wykonawcy, pod uwagę wzięte zostały więc następujące elementy tworzące końcową ryczałtową cenę miesięczną:

- a) koszt wywozu i odbioru odpadów,
- b) wynagrodzenie pracowników realizujących zamówienie,
- c) środki do czyszczenia zbiorników na odpady i utrzymania infrastruktury,
- d) zakup soli drogowej na okres zimowy,
- e) koszty transportu odpadów i pracowników,
- f) koszty eksploatacji sprzętu,
- g) inne koszty związane z realizacją zadania i marża Wykonawcy.

Przy uwzględnieniu powyższych elementów usługi zamawiane zostały wycenione na ryczałtową cenę 5.000,00 zł brutto, natomiast w zakresie usługi kompleksowego opróżniania koszy na śmieci cena ryczałtowa wyniosła 11.000,00 zł brutto.

W zakresie kosztów wywozu i odbioru śmieci przyjęto, że średnio w skali jednego miesiąca wywożone będą około 2 tony śmieci. Kalkulację tę oparto na danych zawartych w ogłoszeniu o przetargu, w tym co do ilości kubłów, które mają być opróżniane. Pojemniki te mają różne pojemności. Podczas obliczeń przyjęto dodatkowo, że w punkcie odbiorczym, zgodnie z ceną uzyskaną podczas przeprowadzenia rozpoznania rynku, koszt odbioru i utylizacji 1 tony śmieci wynosić będzie około 550,00 zł brutto. W skali jednego miesiąca koszt utylizacji nieczystości będzie odpowiadał wartości około 1.100,00 zł brutto — co zostało uwzględnione w wartości ryczałtowej ceny miesięcznej wywozu odpadów.

Odnosząc się do kosztów wynagrodzenia pracowników Odwołująca wskazała, że zgodnie z treścią SIWZ, wszyscy pracownicy będą zatrudnieni na umowę o pracę. Jednostkowy wymiar etatu uzależniony będzie od rzeczywistego zapotrzebowania, przy czym przy kalkulacji ceny przyjęto, że łączne koszty miesięczne pracodawcy będą wynosić 9.000,00 zł brutto. W ramach zastosowanych kalkulacji uwzględniono poziom wynagrodzeń wynikający z powszechnie obowiązujących przepisów o płacy minimalnej.

W zakresie dalszych kosztów niezbędnych do czyszczenia zbiorników na opady i utrzymania istniejącej infrastruktury przyjęto, że wartość miesięczna kosztów za środki czystości i niezbędne worki na śmieci o pojemności 240 l, wynosić będzie 200,00 zł. Do tego w ramach tej pozycji kosztów doliczono konieczność zakupu w okresie zimowym soli drogowej do utrzymania bezpiecznego dojścia do przystanków autobusowych i wiat przystankowych. Wykonawca w skali roku planuje zużyć na ten cel około 2 tony środka, co

przy założeniu aktualnych cen rynkowych, nakazuje przyjąć wydatek w skali roku w wysokości 1.200,00 zł. Z tego tytułu, w ramach kalkulacji miesięcznej ryczałtowej ceny, uwzględniono kwotę tego kosztu w wysokości 100,00 zł. Łącznie zatem, w skali miesiąca koszty związane z czyszczeniem zbiorników na odpady, utrzymaniem istniejącej infrastruktury, w tym trawy czy zakupem w okresie zimowym soli drogowej, wyniosą około 300,00 zł i odpowiada wysokości tych usług na lokalnym rynku.

W zakresie transportu odpadów i pracowników przyjęto, na podstawie danych opisowych, że w skali jednego tygodnia średnia ilość przejechanych kilometrów wyniesie około 700. Daje to w rezultacie rząd około 2.800 km w skali miesiąca. Przy uwzględnieniu średniego zużycia paliwa przez dostępną flotę Wykonawcy oraz przy założeniu prognozowanych cen paliwa, miesięczne koszty transportu z tego tytułu wyniosą około 120,00 zł.

Dokonując kalkulacji uwzględniono dodatkowo koszty związane z wykorzystaniem dostępnego sprzętu. Pozycja ta obejmuje m.in. zapewnienie niezbędnych elementów do naprawy wykorzystywanych narzędzi, a także koszty związane z ich bieżącą eksploatacją. W skali miesiąca przyjęto, że średni koszt wynosić będzie 42,00 zł, a w skali roku 500,00 zł. W ramach współpracy z podmiotem trzecim, przy zastosowaniu powyższej kwoty kosztów związanych z eksploatacją urządzeń, Odwołująca będzie w stanie zapewnić wszelkie niezbędne narzędzia do realizacji usługi.

Uwzględniając opisane szczegółowe pozycje kosztowe, w skali miesiąca średnie koszty ryczałtowe ustalone zostały na poziomie 11.562,00 zł. Do tego należy doliczyć marżę Wykonawcy. Uwzględniono ponadto rezerwę na koszty nieprzewidziane pierwotnie przy kalkulacji. Otrzymałą kwotę należy powiększyć o należny podatek od towarów i usług, jednakże wyłącznie w zakresie kosztów nie obejmujących wynagrodzenia pracowników. Przyjęte założenia w zakresie ilości odpadów czy prognozowanych kosztów ich wywozu są powszechnie akceptowalnymi normami i odpowiadają wartości rynkowej podobnych usług w branży porządkowej.

Wyjaśniono dodatkowo, że w literaturze przedmiotu ceny rażąco niskiej wskazuje się, że wykonawca nie ma obowiązku dołączania do wyjaśnień dodatkowych dokumentów ponad treść wyjaśnień. Wystarczające jest jedynie, by treść wyjaśnień zawierała dane niezbędne do stwierdzenia, że cena jest skalkulowana prawidłowo, w sposób zgodny z wartością rynkową podobnych świadczeń i usług (vide: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, opublikowano: WKP 2018).

Tym samym miesięczna ryczałtowa cena brutto w wysokości 16.000,00 zł jest zdaniem Odwołującej ceną adekwatną, odpowiadającą rzeczywistej wartości zamówienia. Zastosowane przy kalkulacji ceny odpowiadają aktualnym wartościom rynkowym, nawet przy ewentualnym uwzględnieniu dalszych, prognozowanych wzrostów cen związanych z inflacją.

W zakresie wymaganych wyjaśnień dot. wykorzystania podmiotu trzeciego, Odwołująca zaznaczyła, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, będzie korzystała z zasobów podmiotu trzeciego, tj. S. F., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: „Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F.”. Nie będzie on jednak pełnił roli podwykonawcy, a będzie współpracował bezpośrednio przy realizacji usługi, a taki model działania jest zgodny z Pzp.

Współdziałanie będzie odbywać się na podstawie odrębnej umowy współpracy. Porozumienie to zawarte i wykonywane będzie przez cały czas realizacji zamówienia. Na podstawie umowy przedwstępnej zagwarantowano możliwość skorzystania z doświadczenia, zasobów i usług S. F.. Odwołująca dołączyła do zawarte przedwstępne porozumienie. Podkreślono, że nie jest też tak, że Wykonawca mógł przewidzieć a priori wszystkie możliwe przypadki wykorzystania zdolności innych zasobów. Dopuszczalne jest udzielenie zasobu doświadczenia w sytuacji realizacji robót lub usług przez podmiot, niezależnie od tego, w jakim charakterze podmiot ów będzie te usługi realizował, o ile nie uczyni to udostępnienia tych zasobów pozornym.

Powyższe zapatrywanie jest powszechnie akceptowane w polskim orzecznictwie. Pojęcie „posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia” obejmuje także takie składniki przedsiębiorstwa, jak know-how, tajemnicę przedsiębiorstwa, dokumentacja, goodwill, renoma itp. Pojęcie „niezbędna wiedza i doświadczenie” w rozumieniu przepisów Pzp obejmuje zarówno składniki niematerialne przedsiębiorstwa, jak i dobra osobiste związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa. Przez „posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia” trzeba zatem rozumieć stan, w którym wykonawca dysponuje osobami zapewniającymi prawidłowe wykonanie zamówienia. Należy odróżnić wiedzę i doświadczenie związane z osobą przedsiębiorcy i pracowników od składników niematerialnych przedsiębiorstwa związanych z wiedzą i doświadczeniem, takimi jak

know-how, tajemnica przedsiębiorstwa, dokumentacja, patent itp. (vide: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 r., sygn. akt: III CZP 87/08, LEX nr 470908). W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, iż zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, ale też wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Dopuszczono przy tym różne formy tego udziału, w zależności od specyfiki konkretnego zamówienia. Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępnianie zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia (vide: Marzena Jaworska (w:) Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją r.pr. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH. Beck, Warszawa 2018, str. 186 195).

Zobowiązanie podmiotu trzeciego w tym postępowaniu w ofercie Odwołującej do udostępnienia zasobów i doświadczenia na rzecz Wykonawcy jest w całości prawidłowe. Podmiot trzeci, wskazany z imienia i nazwiska, dysponuje niezbędną wiedzą i zasobami do sprawowania kierowniczej roli w ramach usług porządkowych. Zakres przewidzianych wstępnie zadań dla podmiotu trzeciego, w tym planowanie i wdrażanie niezbędnych działań wykonawczych, przygotowanie harmonogramów wywozu oraz przebiegu tras transportowych, a także zarządzanie pracownikami -- swoimi, jak i Wykonawcy, wskazuje, że podmiot ten faktycznie będzie brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Jego wkład w wykonanie powierzonej usługi będzie zatem realny. Nie ma w świetle obowiązującej

regulacji, obowiązku zawierania z podmiotem trzecim umowy o podwykonawstwo, a wystarczające będzie zawarcie umowy współpracy. Podpisanie tego porozumienia, wobec treści umowy przedwstępnej, jest zagwarantowane dla Wykonawcy. Powołanie się na doświadczenie i wiedzę podmiotu trzeciego w ramach oferty złożonej przez Odwołującą było prawidłowe i zgodne z treścią SIWZ i przepisów prawa.

Zamawiający informując o wynikach prowadzonego postępowania wskazał, wykluczył firmę P.W. z siedzibą w Wierzbicach na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

Zamawiający zgodnie z Rozdz. IV pkt 1 ppkt 1.3 lit a) SIWZ wymagał, aby Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj. posiadał ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 200.000,00 zł.

Zamawiający w dniu 26.03.2020r. wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów podmiotowych, w tym m.in. dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony

od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na wymaganą sumę gwarancyjną.

Wykonawca w dniu 01.04.2020r. przedstawił polisę seria i nr INF 893004. Z treści polisy nie wynikał fakt opłacenia składki w wysokości 1 769,00 zł, a Wykonawca nie przedstawił potwierdzenia opłaty składki. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 03.04.2020r. na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do przedłożenia dokumentu potwierdzającego opłacenie polisy. Wykonawca w dniu 03.04.2020r. przedstawił elektroniczny wyciąg z rachunku bankowego potwierdzający, że w dniu 25.03.2020r. polisa została opłacona.

Zgodnie z opinią UZP „W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca wyraźnie zastrzega obowiązek przedłożenia opłaconej polisy, co wymaga wykazania spełnienia świadczenia obciążającego ubezpieczającego, wynikającego z umowy ubezpieczenia (art. 805 kc). W związku z powyższym wymóg opłacenia polisy OC powinien być wypełniony na dzień upływu terminu składania ofert lub wniosków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Późniejsze wypełnienie tego obowiązku przez wykonawcę (opłata polisy) nie może być uznane za spełnianie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne, nawet - jeśli w świetle obowiązujących przepisów prawa, przede wszystkim przepisów kodeksu cywilnego - później polisa ubezpieczeniowa zostanie przez dany podmiot opłacona, a tym samym ochrona ubezpieczeniowa danego wykonawcy obowiązuje, czy też wstecznie obowiązywała w momencie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (por. wyrok KIO z dnia 10.08.2011 r., sygn. akt KIO 1623/11, wyrok z dnia 6.12.2011 r., sygn. akt KIO 2537/11). Nie można więc uznać za „opłaconą” w rozumieniu przepisów rozporządzenia polisę, której termin płatności jest odroczony i upływa po terminie otwarcia ofert. Jak wskazano wyżej ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu odbywa się według stanu na dzień upływu terminu składania ofert. Dotyczy to również dokumentów uzupełnianych na wezwanie (por. 26 ust. 3 ustawy Pzp), czy też składanych w wyniku

wyjaśnień (por. 26 ust. 4 ustawy Pzp)."

Otwarcie ofert w prowadzonym postępowaniu odbyło się w dniu 23.03.2020r., a Wykonawca opłacił polisę w dniu 25.03.2020r., więc Zamawiający nie uznał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. sytuacji ekonomicznej lub finansowej i posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z Rozdz. IV pkt 1 ppkt 1.3 lit b) SIWZ wymagał, aby Wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej tj.: w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy (gdzie minimalny okres dotychczasowego świadczenia usługi w ramach jednej umowy ciągłej wynosił na dzień składania ofert 18 miesięcy) w tym okresie, zrealizował co najmniej: jedną usługę porządkową, w zakresie obejmującym co najmniej sprzątanie przystanków autobusowych i wiat przystankowych, oraz opróżnianie koszy na śmieci.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału Wykonawca wraz z ofertą przedstawił, że będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego tj. firmy Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F.. Zamawiający w dniu 26.03.2020r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dot. wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego, w szczególności Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o dokładne wyjaśnienie dotyczące:

- zakresu dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego,
- czy podmiot, na zdolnościach, którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wykonawca w dniu 31.03.2020r. przedstawił wyjaśnienia, gdzie wskazał, że w głównej mierze opiera się na doświadczeniu i umiejętnościach podmiotu, przy tym, że "(...) S. F. w ramach współpracy będzie sprawował nadzór nad bieżącym wykonywaniem zadań zleconych w ramach zamówienia przez pracowników. (...) będzie odpowiedzialny za opracowanie, przygotowanie i wdrożenie tygodniowych oraz miesięcznych planów prawidłowej realizacji zamówienia, w tym harmonogramu prac, przebiegu tras przejazdowych czy obsady zespołów do realizacji zamówionych usług. Zadaniem podmiotu trzeciego będzie ponadto przygotowanie i doradzanie przy opracowaniu niezbędnych grafików dla pracowników — celem umożliwienia prawidłowego wykonania działań. Dodatkowo, S. F. będzie obecny i dostępny do wykorzystania codziennie rano w bazie zapewnionej dla obsługi całego zamówienia, pełniąc funkcje nadzorcze i kierownicze. Kontrolował będzie terminowość i rzetelność podjętych przez pracowników działań. W razie potrzeby, będzie udzielał także niezbędnych instrukcji i wyjaśnień co do technicznych aspektów realizacji usług porządkowych. Co przy tym istotne, w znacznej części działań, tj. średnio przez czas około 50 % w miesiącu, S. F. wraz ze swoimi wybranymi pracownikami będzie bezpośrednio z pracownikami Wykonawcy współdziałał w realizacji zleconych usług, wykonując kierownictwo nad pracującymi zespołami w terenie oraz nadzorując rzetelność wykonywanych przez nich prac, także poprzez ich odbiór końcowy. Będzie przy tym wykorzystywał posiadany i zgromadzony w toku całej swojej działalności gospodarczej sprzęt niezbędny do wykonywania takich zamówień, jak usługi będące przedmiotem przetargu. W ramach umowy współpracy z posiadanego przez niego sprzętu będzie również korzystać przedsiębiorstwo Wykonawcy.

Zamawiający zaznaczył, że w postępowaniu wymagał, aby Wykonawca posiadał doświadczenie w realizacji co najmniej jednej usługi porządkowej w zakresie obejmującym co najmniej sprzątanie przystanków autobusowych i wiat przystankowych, oraz opróżnianie koszy na śmieci, a nie doświadczenie kadry (osoby pełniące funkcje doradczo-nadzorcze). Wykonawca przy realizacji zadania chce opierać się na doświadczeniu jednej osoby tj. Pana S. F., przy czym osoba ta miałaby pełnić funkcję doradcy, koordynatora oraz nadzór. Zamawiającemu zależy na rzetelnym wykonaniu przedmiotu zamówienia, a do tego potrzebny jest doświadczony zespół, odpowiedni sprzęt oraz doświadczenie Wykonawcy, a niejednej osoby.

Powołanie się przez Wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego nie wykazuje doświadczenia w wymaganym zakresie. Podmiot, na którego doświadczenie Wykonawca się powołuje winien wykonywać osobiście zakres, którego dotyczy jego doświadczenie, a w pozostałym zakresie Wykonawca winien posłużyć się własnym zasobem, jeśli posiada doświadczenie, a w tym przypadku Wykonawca sam nie posiada żadnego doświadczenia.

Na podstawie art. 89 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującej, ponieważ została złożona ona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert.

Sygn. akt KIO 843/20

Izba ustaliła, że Wykonawca Usługi Ogrodniczo-Porządkowe WW-SERWIS W. W., z siedzibą w Tyńcu nad Słężą, złożył na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Wskazał, że cena jego oferty odpowiada wartości rynkowej usług, oferta została skalkulowana z uwzględnieniem aktualnej sytuacji rynkowej w danej branży, na podstawie aktualnych cen odpadów, stawek pracowniczych, cen paliwa i innych cen innych elementów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia.

Wykonawca zaznaczył, że do realizacji przedmiotu zamówienia w zakresie sprzątnięcia przystanków autobusowych i wiat (część A, gdzie wskazano cenę 10 000 zł brutto) zamierza wykorzystać 3 pracowników, którzy 1 raz na kwartał umyją wiaty i kosze (3dni po 8h x 3 pracowników=24h na miesiąc x 17 zł = 408 zł), 8 razy w roku wykoszą teren wokół przystanku, zatok i koszy (2 dni po 8h x 3 pracowników=50 h na miesiąc x 17 zł = 850 zł x 8 miesięcy = 6800/12 miesięcy = 566 zł brutto na miesiąc). W okresie zimowym, w zależności od warunków atmosferycznych uwzględniono konieczność odśnieżania i posypywania solą przejść do przystanków - przyjęto 4 dni w miesiącu przez okres 5 miesięcy przez 8 h dziennie przez 3 pracowników = 100h x 17 zł = 1700 zł/12 miesięcy = 141,66 zł na miesiąc. Doliczono cenę za wykorzystanie 2 ton soli w miesiącach zimowych, cena za tonę 500 zł, co daje 120 zł brutto miesięcznie i doliczono koszt 300 zł miesięcznie na bieżące naprawy koszy. Do tego doliczono sprzątnięcie, zamiatanie wiat i przystanków 2 x w tygodniu przez 8 h przez 3 pracowników, co daje 48 h x 17 zł = 816 zł brutto, przez 4 tygodnie = 3 264 zł miesięcznie. Założono, że w wyniku sprzątnięcia przystanków i wiat średnio w miesiącu powstanie 500kg odpadów o kodzie 200303, którego cena wynosi 660 zł, co daje 330 zł miesięcznie. W czasie jednego miesiąca ekipa przejedzie celem wykonania tych zadań około 2400 km, posiadane auta spalają 10l oleju napędowego na 100 km, co daje 240l oleju na miesiąc. Cena oleju wynosi 3,85 zł za 1l. Daje to 924 zł miesięcznie kosztu. Następnie doliczono paliwo i żytkę do kos spalinowych - średnio 200 zł na miesiąc. Paliwo do agregatu prądotwórczego oraz do myjki ciśnieniowej to koszt około 150 zł na miesiąc. Cena środków do mycia i dezynfekcji to koszt około 300 zł miesięcznie. Koszty amortyzacji sprzętu to około 300 zł brutto na miesiąc. Cena dla części A wynosi miesięcznie 7003,66 zł.

Dla części B - kompleksowe opróżnianie koszy na śmieci - Wykonawca zamierza przeznaczyć 3 pracowników, którzy będą 3 razy w tygodniu opróżniali kosze, czyli 3 pracowników po 8h dziennie, co daje 72h tygodniowo x 4 tygodnie = 288 h x 17 zł = 4896 zł brutto. W skali jednego miesiąca ekipa przejedzie około 2400 km, auta spalają 10l oleju napędowego na 100 km, cena 1l oleju wynosi 3,85 zł, co daje 240l x 3,85 zł = 924 zł miesięcznie. Średnia ilość odpadów to 2 tony (według danych z SIWZ), cena za utylizację odpadów to 550 zł za 1 tonę, co daje 1100 zł miesięcznie. Koszt zakupu worków na śmieci to 400 zł miesięcznie, koszt zakupu rękawic i środków do dezynfekcji dla pracowników to koszt 200 zł miesięcznie. Koszty amortyzacji sprzętu i koszty eksploatacyjne to 300 zł miesięcznie. Zatem cena za realizację usługi dla części B w skali miesiąca wynosi 7 820 zł brutto, w ofercie wskazano 12 000 zł miesięcznie.

Łącznie wyliczenia kosztów dają kwotę miesięcznie 1428,66 zł brutto, natomiast

reszta - czyli 7 176,34 zł to kwota zysku (marży).

Za najkorzystniejszą została w postępowaniu uznana przez Zamawiającego oferta złożona przez firmę Usługi Ogrodniczo-Porządkowe WW-SERWIS W. W., z siedzibą w Tyńcu nad Słężą, z miesięczną ryczałtową ceną brutto za kompleksową realizację przedmiotu zamówienia w wysokości 22 000,00 zł. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca ten spełnił wymogi SIWZ oraz otrzymał najwyższą ilość punktów.

Sygn. akt KIO 835/20

Na podstawie dokumentu SIWZ ustalono także, że Zamawiający określił, że w postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj.: posiadają ubezpieczenie

od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 200.000,00 zł. Na potwierdzenie spełniania warunku

wymagano przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego: min. 200.000,00 zł.

Odwołująca przedstawiła Zamawiającemu umowę ubezpieczenia opisaną w odwołaniu z okresem ubezpieczenia obejmującym daty od 17 marca 2020 roku do 16 marca 2020 roku, z terminem do zapłaty składki do 30 marca 2020 roku.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko przedstawione przez Odwołującego w odwołaniu i na rozprawie, iż obecnym stanie prawnym w postępowaniu Zamawiający nie może wymagać wprost złożenia dokumentu polisy i dowodu jej opłacenia. Zauważyć należy, iż sam Zamawiający takiego wymagania nie postawił. Warunek udziału odnosił się do dokumentu potwierdzającego fakt ubezpieczenia OC na określoną sumę gwarancyjną. Niewątpliwie dokument, który należało złożyć potwierdzać miał spełnianie tego warunku na dzień składania ofert, zgodnie z oświadczeniem złożonym w JEDZ. Tymczasem w procesie badania i oceny ofert Zamawiający postąpił niezgodnie z samodzielnie ustalonymi wymaganiami żądając po pierwsze dowodu opłacenia polisy, po drugie dokonując analizy złożonych dokumentów niezgodnie z wynikających z nich stanem faktycznym, co doprowadziło do wykluczenia Odwołującej z postępowania.

Odwołująca przedstawiła dokument polisy, umowa o objęcie ochroną ubezpieczeniową zawarta została przed terminem składania ofert, obejmowała ona okres od 17 marca 2020 roku do 16 marca 2020 roku. Są to elementy umowne wprost wynikające z treści złożonego dokumentu.

Należy zwrócić uwagę na charakter wymogu i samej polisy - wykonawca posiada ubezpieczenie od momentu do momentu określonego w umowie ubezpieczenia, na kwotę określoną w umowie ubezpieczenia oraz na warunkach określonych w umowie ubezpieczenia, na dowód czego zostaje wystawiona polisa o odpowiedniej treści

(lub dokument o innej nazwie, lecz tym samym charakterze). Bez owej umowy (polisy), ubezpieczenie nie istnieje, albo nie istnieje na danych warunkach. Taki dokument został Zamawiającemu przedstawiony, obejmował on okres ubezpieczenia z rozpoczęciem ochrony ubezpieczeniowej przed terminem składania ofert, to jest od dnia 17 marca 2020 roku.

Zgodnie z uregulowaniami kodeksu cywilnego, w szczególności art. 814 § 1 jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zaplaceniu składki lub jej pierwszej raty.

Z art. 814 § 2 kc wynika, że jeżeli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zaplaceniem składki lub jej pierwszej raty, a składka lub jej pierwsza rata nie została zapłacona w terminie, ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność. W braku wypowiedzenia umowy wygasa ona z końcem okresu, za który przypadała niezapłacona składka.

§ 3 stanowi, że w razie opłacania składki w ratach niezapłacenie w terminie kolejnej raty składki może powodować ustanie odpowiedzialności ubezpieczyciela, tylko wtedy, gdy skutek taki przewidywała umowa lub ogólne warunki ubezpieczenia, a ubezpieczyciel po upływie terminu wezwał ubezpieczającego do zapłaty z zagrożeniem, że brak zapłaty w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania spowoduje ustanie odpowiedzialności.

Ponadto, zgodnie z art. 813 § 2 Kodeksu cywilnego, jeżeli nie umówiono się inaczej, składka powinna być zapłacona jednocześnie z zawarciem umowy ubezpieczenia, a jeżeli umowa doszła do skutku przed doręczeniem dokumentu ubezpieczenia - w ciągu czternastu dni od jego doręczenia.

Z przedłożonego przez Odwołującą dokumentu wynika niezbicie, że Strony umowy ubezpieczenia umówiły się odmiennie od zasady ogólnej, że okres ubezpieczenia rozpoczyna się z dniem zawarcia umowy od 17 marca 2020 roku, natomiast składka płatna będzie do dnia 30 marca 2020 roku. Oznacza to, że w dniu wyznaczonym na składanie ofert Odwołująca była objęta wymaganym ubezpieczeniem i dysponowała dokumentem potwierdzającym ten fakt (polisą).

Co więcej Odwołując przedstawiła w wyniku nadmiernego i nieprawidłowo skierowanego przez Zamawiającego wezwania, dowód opłacenia składki w terminie umownym, w dniu 25 marca 2020 roku, więc zobowiązanie ubezpieczyciela pozostawało aktualne, również w terminie składania ofert. Okoliczność, że opłacenie składki nastąpiło po wyznaczonym terminie składania ofert jest irrelevantna dla przedmiotu sporu. Odwołująca udowodniła bowiem niezbicie, iż w terminie składania ofert posiadała ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na wymaganą warunkiem sumę gwarancyjną. Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują z postanowieniami SIWZ oraz rozporządzenia o dokumentach, dopuszczającymi wykazanie faktu objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia. Stwierdzić zatem należy, że w omawianym przypadku Odwołująca na dzień składania ofert nie dysponowała opłaconą polisą. Niemniej jednak dysponowała innym dokumentem potwierdzającym fakt posiadania ubezpieczenia w wymaganym zakresie.

Reasumując, w przedmiotowym zakresie odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w odniesieniu do decyzji Zamawiającego o braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującą co do doświadczenia zawodowego, którego wykazanie wiązało się z korzystaniem z zasobów podmiotu trzeciego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi. Odwołująca miała więc prawo korzystać w szerokim zakresie zarówno z realizacji usługi przy pomocy podwykonawców, jak i powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołująca przedstawiła dokument - zobowiązanie podmiotu do oddania jej do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Udostępnione zasoby dotyczyły zdolności technicznej lub zawodowej ustalonego warunku udziału.

Odwołująca w tym elemencie oferty złożyła obszernie dodatkowe wyjaśnienia, jasno precyzując na jakiej zasadzie odbywała się będzie współpraca między poszczególnymi podmiotami, wskazano na fakt zawarcia umowy o współpracę, której odpis dołączono do wyjaśnień. Podkreślono, że umowa zawarta będzie na czas realizacji przedmiotu zamówienia, gwarantuje ona możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego oraz doświadczenia osobistego S. F.. Co więcej, bardzo precyzyjnie określono jakiego rodzaju prace, w jakim charakterze, z jaką częstotliwością będzie w ramach umowy o współpracę wykonywał podmiot udostępniający zasoby. Zamawiający nie podważał, iż podmiot ten nie posiada wystarczającej wiedzy, czy nie ma wymaganego doświadczenia, by określone czynności wykonywać.

Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, co słusznie podkreślono w odwołaniu, iż dopuszczalne jest korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, niezależnie od tego, w jakim charakterze ów podmiot uczestniczył będzie w realizacji zamówienia. Nie ma również bezwzględnego obowiązku, by podmiot taki pełnił rolę podwykonawcy, co nie oznacza, iż taka sytuacja wyłącza osobisty udział w realizacji przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, podmiot trzeci, nie będący podwykonawcą, może jednocześnie osobiście świadczyć określony zakres usług, to świadczenie może przyjąć różne formy, ważne jest natomiast faktyczne realizowanie danego zakresu przez ten podmiot. Jak wynika ze złożonego przez Odwołującą zobowiązania i dodatkowych wyjaśnień, podmiot trzeci, dysponujący wiedzą i doświadczeniem oraz pozostałymi zasobami, będzie sprawował funkcję kierowniczą, nadzorczą, będzie planował niezbędne działania, układał przebieg tras transportowych, będzie rozdzielał zadania pracownikom i nadzorował ich pracę, będzie dokonywał odbioru prac i wykonywał pracę w terenie, czyli będzie osobiście brał udział w realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującej enigmatycznie wskazał, że

„Podmiot, na którego doświadczenie Wykonawca się powołuje winien wykonywać osobiście zakres, którego dotyczy jego doświadczenie, a w pozostałym zakresie Wykonawca winien posłużyć się własnym zasobem, jeśli posiada doświadczenie, a w tym przypadku Wykonawca sam nie posiada żadnego doświadczenia”, abstrahując od faktu, że Zamawiający nie doprecyzował, co w jego ocenie stanowiłoby osobiste wykonywanie zakresu zamówienia i czy podstawą wykluczenia jest nierealność udostępnienia zasobów, czy też niespełnienie przez Odwołującą warunków udziału w postępowaniu dla wiedzy o doświadczeniu, to w ocenie Izby Odwołująca uczyniła zadość wymaganiu określonemu w Informacji. Jak już zaznaczono, zobowiązanie i złożone do niego wyjaśnienia określiły

zakres obowiązków, które osobiście wykonywał będzie podmiot trzeci, są to obowiązki związane z realizacją przedmiotu zamówienia, odnoszą się do nadzorowania pracy pracowników (w tym pracowników własnych), merytorycznego planowania sposobu wykonywania określonych zadań składających się na opis przedmiotu zamówienia, odnoszą się również do pracy w terenie i określają procentowo miesięczny poziom zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację przedmiotu zamówienia. Nieuprawnione są zatem w ocenie Izby dywagacje, że jakieś czynności nie będą wykonywane osobiście, zwłaszcza, że takich zastrzeżeń (katalogu czynności) SIWZ nie zawierał. Zamawiający nie wskazywał natomiast na pozorność (brak realności) udostępnionego zasobu, czy też na brak określenia konkretnej więzi łączącej Odwołującą i podmiot trzeci.

Izba podziela stanowisko wynikające z doktryny i orzecznictwa, że „do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie wystarczy udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje czy kontrolę, bowiem takie rozwiązanie powoduje, że to inny podmiot wykonuje zamówienie a nie podmiot trzeci w zakresie, w jakim udostępnił swoje zasoby” (tak wyrok KIO z 17 grudnia 2018 roku, sygn. akt KIO 2480/18), tym niemniej ze zobowiązania Odwołującej, złożonych wyjaśnień oraz przedstawionej umowy o współpracę wynika, że udział podmiotu trzeciego, udostępniającego zasoby, będzie daleko dalej idący niż konsultacje czy doradztwo. W ocenie składu orzekającego Izby pełnienie określonych i opisanych w zobowiązaniu funkcji przez podmiot trzeci wpisuje się w przesłankę osobistego wykonywania części zamówienia, zatem udział ten będzie miał charakter realny. Nie można zawężyć obowiązku faktycznego zrealizowania części zamówienia jedynie do umowy podwykonawczej, uregulowania ustawy Pzp nie wskazują na konkretny stosunek prawny, czy też formę koniecznego udziału w realizacji umowy, nie przesądzając, że ma to być wyłącznie podwykonawstwo. Każdy przypadek należy analizować ad casum, kiedy realność udostępnienia wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego, należy oceniać w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego, udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, w tym uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, jak będzie to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Wszelkie dywagacje Zamawiającego zamieszczone w odpowiedzi na odwołanie dotyczące umowy uprzednio wiążącej Zamawiającego z podmiotem udostępniającym zasoby, powodach rozwiązania powyższej umowy, czy też stanie zdrowia podmiotu trzeciego pozostają poza merytorycznym uzasadnieniem wykluczenia Odwołującej z postępowania, które przekazano w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym pozostają one także poza kognicją Izby jako nie stanowiące podstawy działań i zaniechań Zamawiającego, do których można było odnieść się w ramach korzystania ze środków ochrony pranej przez danego wykonawcę. Ponownie także należy podkreślić, iż realność udostępnienia zasobów nie była podstawą zarzutów Zamawiającego.

Reasumując, odwołanie w tym zakresie zasługiwało na uwzględnienie.

W informacji o wykluczeniu Odwołującej Zamawiający powołał się też na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, ponieważ została złożona ona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaprośzonego do składania ofert.

Jak Izba wskazywała już wielokrotnie w swoich orzeczeniach, w przypadku przetargu nieograniczonego to art. 24 ust. 4 ustawy Pzp jest prawidłową podstawą prawną związaną ze stanem odrzucenia oferty jako konsekwencją wykluczenia wykonawcy z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma natomiast zastosowanie do tych trybów postępowania, w których stosuje się indywidualne zaproszenia do składania ofert albo oferty mogą składać wyłącznie wykonawcy wcześniej nie wykluczeni z udziału w postępowaniu, jak np. przetarg ograniczony, zapytanie o cenę, negocjacje bez ogłoszenia. Przepis ten jest w takim przypadku samodzielną podstawą odrzucenia oferty.

Jednak powołanie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podstawy, która w przypadku przetargu nieograniczonego nie jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty, zamiast lub obok art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, nie ma konsekwencji praktycznych, dlatego jest jedynie nieznaczącym błędem formalnym, nie mającym wpływu na wynik postępowania. Tym samym należy przyznać rację Odwołującemu, że Zamawiający nieprawidłowo przywołał art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ale samodzielnie powyższy zarzut nie miał wpływu na wynik postępowania, zatem nie może on samodzielnie stanowić podstawy uwzględnienia odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Biorąc pod uwagę okoliczność, że potwierdziły się inne zarzuty, również ten zasługiwał na uwzględnienie.

Końcowo podkreślenia wymaga, iż stwierdzone przez Izbę naruszenia prowadziły również do potwierdzenia się zarzutów dotyczących naruszenia norm określonych w art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp. Sposób prowadzenia przez Zamawiającego postępowania, w tym przebieg badania i oceny ofert mógł naruszać zasadę równego traktowania wykonawców. Z tych powodów Izba uwzględniła odwołanie w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującej i odrzuceniu jej oferty, nakazano również ponowienie procesu badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Sygn. akt KIO 843/20

Zarzuty dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu zdolności

ekonomicznej i finansowej

W Kodeksie cywilnym ustawodawca nadał zapłacie składki jednorazowej (lub jej pierwszej raty), jak również zapłacie pierwszej składki bieżącej wyjątkową wagę. Niewypełnienie przez ubezpieczającego obowiązku zapłaty wymienionych należności wywołuje bowiem skutki szczególne w postaci wstrzymania początkowego terminu świadczenia przez ubezpieczyciela ochrony ubezpieczeniowej, możliwości wypowiedzenia przez ubezpieczyciela umowy ze skutkiem natychmiastowym albo rozwiązania umowy z mocy samego prawa z końcem okresu, na który przypadała niezapłacona składka.

KC wskazuje, że w braku przeciwnego porozumienia stron umowy ubezpieczenia odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż dnia następnego po zapłaceniu składki. Chodzi tu o zapłatę składki w pełnej wysokości w przypadku składki jednorazowej, zapłatę pierwszej raty składki w przypadku składki jednorazowej płatnej w ratach lub też - w przypadku składki bieżącej - o zapłatę pierwszej składki.

Jeśli ubezpieczyciel ponosi odpowiedzialność jeszcze przed zapłaceniem składki (lub jej pierwszej raty), a składka ubezpieczeniowa (lub jej pierwsza rata) nie została zapłacona w terminie, wówczas ubezpieczyciel może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym i żądać zapłaty składki za okres, przez który ponosił odpowiedzialność KC). Jeśli jednak ubezpieczyciel umowy nie wypowiedział, wygasa ona z końcem okresu, na który przypadała niezapłacona składka in fine KC). Umowa ubezpieczenia rozwiązuje się w takich przypadkach wraz z upływem całego okresu trwania umowy ubezpieczenia (w przypadku umówienia składki jednorazowej) bądź z upływem okresu, na który przypadała składka bieżąca. Ubezpieczyciel w każdym razie zachowuje roszczenie o zapłatę składki ubezpieczeniowej za okres, przez który ponosił odpowiedzialność KC).

Jeżeli składka jednorazowa została rozłożona na raty, ubezpieczyciel nie może zaniechać świadczenia ochrony ubezpieczeniowej ze względu na opóźnienie w płatności kolejnej raty składki. Z mocy KC ustanie odpowiedzialności ubezpieczyciela może nastąpić w takim przypadku tylko wówczas, gdy tego rodzaju skutek przewidywała umowa ubezpieczenia lub ogólne warunki ubezpieczenia, a ubezpieczyciel po upływie terminu wezwał ubezpieczającego do zapłaty z zagrożeniem, że brak zapłaty w terminie 7 dni od dnia otrzymania wezwania spowoduje ustanie odpowiedzialności - zgodnie z Prawo zobowiązań - część szczegółowa, tom 8, red. prof. dr hab. J-P.L, wydanie 2011 r.

W ocenie składu orzekającego Izby w dniu wyboru oferty najkorzystniejszej nieuprawniona była ocena Zamawiającego, że WW Serwis potwierdził i wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

W związku ze złożeniem polisy o określonej treści i wykazaniem faktu opłacenia składki 10 miesięcy po terminie wyznaczonym treścią polisy, nieznajomością stanowiska ubezpieczyciela, Zamawiający nie mógł podjąć decyzji, że otrzymane dokumenty są prawidłowe i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Stanowisko Izby potwierdza tylko dokument załączony do odwołania - Ogólne warunki Ubezpieczenia towarzystwa ubezpieczeniowego, z którego bezspornie wynika, że w razie opłacania składki w ratach, niezapłacenie w terminie kolejnej składki powoduje ustanie odpowiedzialności towarzystwa po upływie 7 dni od daty otrzymania przez ubezpieczonego pisemnego wezwania do zapłaty raty składki wraz z informacją o skutkach jej niezapłacenia, jeśli rata nie zostanie zapłacona w terminie określonym w wezwaniu. Przed terminem składania ofert Zamawiający w ogóle nie poddał ocenie, czy polisa przedstawiona przez WW Serwis obowiązywała. Przedstawione w odpowiedzi na odwołanie oświadczenie i stanowisko towarzystwa ubezpieczeniowego nie było wówczas Zamawiającemu znane, nie mógł więc na jego podstawie podjąć decyzji o uznaniu oferty WW Serwis za najkorzystniejszą.

Odnosnie do kolejnej polisy złożonej przez WW Serwis, to zawarta została ona po terminie składania ofert, nie mogła zatem na dzień składania ofert potwierdzać warunku udziału przez danego wykonawcę.

Z tych względów Izba uznała, że zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowienie procesu badania i oceny ofert w ramach prowadzonego postępowania odwoławczego. Izba nie nakazywała Zamawiającemu wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez Wykonawcę WW Serwis z uwagi na brzmienie art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym ocenie polega oferta wykonawcy, która została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału, bowiem po uwzględnieniu odwołania KIO 835/20 za taką może zostać uznana oferta PAULA P.W. z siedzibą w Wierzbicach.

Zarzuty dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu zdolności technicznej

Zamawiający określił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy spełniający warunek zdolności technicznej lub zawodowej, którzy wykażą, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy (gdzie minimalny okres dotychczasowego świadczenia usługi w ramach jednej umowy ciąglej wynosił na dzień składania ofert 18 miesięcy) w tym okresie, zrealizował co najmniej: jedną usługę porządkową, w zakresie obejmującym co najmniej sprzątanie przystanków autobusowych i wiat przystankowych, oraz opróżnianie koszy na śmieci wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie może złożyć wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę innych odpowiednich dokumentów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu - oświadczenie Wykonawcy.

Wykonawca WW Serwis złożył wykaz opisany przez Odwołującego w odwołaniu.

Skład orzekający Izby uważa, że zarzuty odwołania w tym elemencie nie są zasadne.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie Zamawiający nie brał pod uwagę pozycji trzeciej z wykazu, ponieważ nie spełniała ona wymaganego warunkiem czasookresu trwania umowy. Stanowisko to jest słuszne, z punktu widzenia brzmienia warunku udziału w postępowaniu, ponadto zakresem przedmiotowym umowa obejmowała odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów opakowaniowych, a więc nie odnosiła się do elementów objętych warunkiem udziału.

W przypadku pozycji nr 2 Wykazu czynnościami wpisującymi się w wymagania warunku było, w ocenie Izby, co najmniej zbieranie śmieci, utrzymanie w czystości wiat przystankowych. Wykonywano więc usługi porządkowe, jednak nie w pełnym zakresie przedmiotowym określonym w warunku. Tym samym również ta usługa nie mogła potwierdzić minimalnego poziomu doświadczenia zawodowego wybranego wykonawcy.

Odnosnie do pozycji nr 1 Wykazu, to zakres prac obejmował utrzymanie w czystości przystanków, wiat przystankowych, opróżnianie koszy na śmieci (w tym mycie i konserwacja) na terenie całej Polski w okresie od 1 stycznia 2026 roku do 31 grudnia 2018 roku, na kwotę 21 157,77 zł na rzecz podmiotu Cejs Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą we Wrocławiu. W ocenie Izby oznacza to, że Wykonawca WW Serwis przedmiotową pracą referencyjną potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Referencje i Wykaz prac potwierdzały wykonywanie obowiązków umownych w czasookresie wymaganych warunkiem co najmniej 18 miesięcy. Zakres prac obejmował elementy oznaczone w warunku, to jest usługi porządkowe, utrzymanie czystości przystanków, wiat, opróżnianie koszy. W SIWZ Zamawiający nie określił, że usługi dotyczące przystanków, wiat mają dotyczyć ściśle określonych terenów, np. dróg gminnych, nie określono rodzajów przystanków. Izba podziela stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż sprzątanie przystanków na terenie centrów logistycznych nie różni się od sprzątania takich obiektów na drogach gminnych, dworcach autobusowych, czy innych możliwych usytuowaniach przystanków. Zamawiający w SIWZ nie określił innych specyficznych cech dla przystanków i wiat, do których to odnosił się warunek udziału. Niewątpliwie do wykonania usługi używa się podobnych środków i narzędzi. Podmiot, na rzecz którego wykonywane były usługi potwierdził ich należyte wykonanie, bez zastrzeżeń, co uprawniało Zamawiającego do uznania przedmiotowej pozycji wykazu za potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że na zadaniu prace nie obejmowały przystanków autobusowych. Nie można uznać za prawdziwe twierdzenia Odwołującego, że przystanki autobusowe są własnością jedynie gmin, miast i przewoźników. Samo bazowanie na doświadczeniu życiowym składu orzekającego izby pokazuje, iż na terenie obiektów prywatnych centrów handlowych wykonywany jest transport - dowóz klientów centrum (zazwyczaj autobusami) i rozmieszczone pozostają przystanki. Jak już podkreślono w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, Zamawiający w warunku udziału nie określił, że przystanki autobusowe miały być zlokalizowane na drogach publicznych.

Z tych też powodów zdaniem Izby zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12, 16, 17 nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że przedstawione w Wykazie usług i referencjach informacje co do wykonanych prac mają charakter nieprawdziwy. Brak jest więc odniesienia do elementów przedstawionych informacji, którym w tym zakresie można byłoby zarzucić nieodpowiadanie rzeczywistości. Biorąc pod uwagę wykładnię językową ustalonego w postępowaniu warunku udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, w żaden sposób w ocenie składu nie można zakwestionować prawdziwości informacji znajdujących się w złożonym Wykazie wraz z referencjami. Podmiot WW Serwis nie ukrywał żadnych informacji, nie przedstawił zakresu prac niezgodnego czy też niespójnego w treści między Wykazem a Referencjami. Tym bardziej w działaniach samego podmiotu składającego ofertę i Wykaz Izba nie dopatrzyła się, a Odwołujący nie wykazał działania w sposób umyślny lub chociażby nieumyślnie. WW Serwis dochował należytej staranności wymaganej od profesjonalisty przy złożeniu oferty w odniesieniu do wykazania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący nie udowodnił i nie wykazał, że przedstawiono celem potwierdzenia spełnienia warunku usługi referencyjne, które nie odpowiadały rzeczywistości stanowi faktycznemu, że WW Serwis celowo lub przynajmniej w sposób nieumyślny próbował wprowadzić Zamawiającego w błąd.

W odwołaniu brakowało uzasadnienia merytorycznego w przypadku zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie opisał, w których elementach treść oferty WW Serwis odbiega od wymogów SIWZ, nie przedstawiono dla tej tezy jakiegokolwiek argumentacji, dlatego też zarzut ten nie podlegał uwzględnieniu.

Rażąco niska cena

Izba uznała powyższy zarzut za niezasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby złożone przez Wykonawcę WW Serwis wyjaśnienia były wystarczające do oceny, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te zawierały część opisową, wskazującą na główne obszary, gdzie mogło dojść do redukcji kosztów, która jednocześnie nie zagraża należytemu wykonaniu przedmiotu zamówienia. W swoich wyjaśnieniach Wykonawca wskazał opisowo kilkanaście elementów, które według niego były głównymi czynnikami wpływającymi na cenę oferty. Były to między innymi posiadane doświadczenie zawodowe w realizacji usług podobnych, możliwość obniżenia kosztów zakupu materiałów niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy, koszty pracownicze.

Częścią wyjaśnień była również kalkulacja cenowa, z podziałem na koszty do poniesienia w ramach realizacji zamówienia w podziale na koszty związane z utrzymaniem czystości na przystankach i wiatkach oraz opróżnianie koszy. Ujęte w zestawieniu wartości

odzwierciedlały liczbowo część opisową wyjaśnień. Przedstawiono ponoszone koszty na wynagrodzenia pracownicze z uwzględnieniem okresu niezbędnego do wykonania poszczególnych czynności w ramach zleconych zadań, koszty paliwa, koszty amortyzacji i eksploatacji pojazdów, koszty zakupu środków czystości dla pracowników i do wykonania przedmiotu zamówienia, koszty zakupu narzędzi, koszty utylizacji odpadów oraz przede wszystkim zysk. Wykonawca podał przede wszystkim ile wynosiły będą zbiorczo koszty do poniesienia, by zrealizować przedmiot zamówienia i pokazał wyliczenie, że koszty te są na tyle niskie, iż może on na każdym elemencie zamówienia osiągnąć wymierny zysk. Przyjęte do kalkulacji założenia w zakresie ilościowym i częstotliwości wykonywania poszczególnych obowiązków zgadzały się z opisem przedmiotu zamówienia. W opisie tym Zamawiający nie narzucił natomiast minimalnej ilości roboczogodzin, czy nie określił minimalnego czasu na wykonanie poszczególnych obowiązków. Wykonawca miał więc prawo bazować na doświadczeniu własnym.

Odnosząc się do kosztów zatrudnienia pracowników i czasu ich zaangażowania w realizację przedmiotowego zamówienia, w ocenie Izby Odwoławczy mylnie wskazywał, że nie wykazano w kalkulacji wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem osób na umowę o pracę.

Oceniając złożone wyjaśnienia w aspekcie, czy mamy w postępowaniu do czynienia ze zjawiskiem rażąco niskiej ceny, Izba pragnie podkreślić, że nie istnieje jeden wzorzec, czy schemat konstruowania wyjaśnień. Każdy z wykonawców przygotowując ofertę może zwrócić przy wycenie uwagę na inne aspekty zamówienia, każdy z wykonawców ma własne zasady polityki cenowej, funkcjonuje w innych realiach polityki cenowej własnej firmy, nie bez znaczenia jest wielkość danego przedsiębiorstwa, czy działa ono w skali makro, czy mikro. Nie ma jednego katalogu minimalnego, ani zakresu maksymalnego zagadnień, do którego powinien odwoływać się dany wykonawca sporządzając kalkulację ceny oferty.

Wbrew twierdzeniom Odwoławczego, WW Serwis pokazał choćby w jaki sposób organizacja jego przedsiębiorstwa pozwala obniżyć koszty wykonania zamówienia. Tezy te potwierdzało złożone do wyjaśnień zestawienie cenowe. Dodatkowo Wykonawca opisał jak na cenę jego oferty oddziałuje posiadane doświadczenie zawodowe i realizowanie ich zleceń o zbliżonym charakterze prac. Zdaniem Izby bazowanie na własnym wcześniejszym doświadczeniu zawodowym nie jest bez znaczenia dla wykazania prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Tylko bowiem wykonawca mający doświadczenie w wykonaniu prac o charakterze i przedmiocie podobnym lub zbliżonym do zamawianego, jest w stanie prawidłowo oszacować niezbędną ilość roboczogodzin, sprzętu, materiałów, zasób pracowniczy i innych, by zadanie zostało należycie wykonane, a dodatkowo uzyskane zamówienie pozwoliło takiemu wykonawcy wygenerować zysk.

Skład orzekający Izby uważa że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do wniosku, że oferta cenowa WW Serwis została przedstawiona w sposób nierzetelny, wyjaśnień tych nie można uznać za lakoniczne i gołosłowne, a w konsekwencji nie mogło dojść do odrzucenia oferty wybranego wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia były wystarczająco precyzyjne, wskazywały na obiektywne czynniki, które mogły wpłynąć na obniżenie ceny oferty, potwierdzały prawidłowość kalkulacji. Wykonawca w udzielanych wyjaśnieniach udowodnił Zamawiającemu, że jego cena ofertowa jest realna, wiarygodna, tzn. że z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności nie będzie ponosił strat. Dowód wykazania, że cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej obciąża Odwoławczego, który nie sprostął w ocenie składu orzekającego Izby temu obowiązkowi. W tym zakresie nie przedstawiono jakiegokolwiek materiału dowodowego. Odwoławczy nie podjął żadnej próby dowodowej. Przedstawił jedynie w odwołaniu szereg twierdzeń, nie popartych żadnymi materialnymi dowodami.

Konkludując, zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1, ust. 3 pkt 1.

Izba rozdzieliła koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku - częściowego uwzględnienia oraz częściowego oddalenia zarzutów w odwołaniu KIO 843/20, obciążając kosztami w 1/3 wartości wszystkich kosztów Zamawiającego (zarzuty uwzględnione) oraz Odwoławczego Herkules w wysokości 2/3 poniesionych kosztów.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym

postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot stosownie do jego wyniku należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym.

Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzieleniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości, co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.

Ponadto jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 - w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielania kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13. Podobnie orzeczono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba - co wynika z sentencji orzeczenia - zarówno uwzględniła odwołanie, jak również w pozostałej części je oddaliła. W tej sytuacji, kierując się zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego i Zamawiającego. Na koszty każdego postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokości 7.500 zł uiszczony przez Odwołującego oraz koszty Odwołującego poniesione w tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł i koszty dojazdu 566,67 zł), a także koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa procesowego, jednakże Zamawiający wnosił o ich zasądzenie w wysokości norm przepisanych, nie składając rachunku lub faktury. Z tych powodów wniosek ten nie został formalnie uwzględniony w ogólnym rozliczeniu.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego Herkules kwotę 3 888 zł 89 gr tytułem zwrotu 1/3 części kosztów wpisu, dojazdu oraz zastępstwa procesowego (wpis 7 500,00 zł oraz 3 600,00 zł koszty zastępstwa i 566,67 zł koszty dojazdu, co daje łącznie 11 666,67 zł), bowiem zasadny okazał się zarzut odwołania dotyczący warunku udziału - polisy wykonawcy WW, a pozostałe zarzuty zostały uznane za nieudowodnione.

Zauważenia wymaga, stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, o oddaleniu

odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie. Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z powyższego wynika, że tylko w wyroku może znaleźć się rozstrzygnięcie merytoryczne, o uwzględnieniu bądź oddaleniu nie można orzec postanowieniem. Nie oznacza to jednak, że wyrok jako orzeczenie merytoryczne nie zawiera również rozstrzygnięć formalnych - które biorąc pod uwagę jego charakter i treść są postanowieniami. Takim właśnie rozstrzygnięciem jest np. postanowienie o kosztach, które może być samodzielnie przez stronę zaskarżone oraz postanowienie o odrzuceniu odwołania. I tak skarżący może jedynie podważać wnoszoną skargą do sądu np. rozstrzygnięcie o kosztach bądź o odrzuceniu odwołania - które są w swej istocie postanowieniem - i w konsekwencji takiego zaskarżenia sąd wyda stosowne rozstrzygnięcie odpowiadające istocie tego orzeczenia, t.j. postanowienie (np. postanowienie Sądu Okręgowego we Wrocławiu, X Wydział Gospodarczy z dnia 3 października 2013 r., sygn. akt X Ga 286/13).

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący: