Sygn. akt: KIO 2369/16

WYROK
z dnia 29 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.K., J.K., A.K. - wspólników Usługi Komunikacyjne K. i spółka s.c. oraz H.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „T.J. Autokarowe Usługi Przewozowe TOMAD", w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J.", zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.K., J.K., A.K. - wspólników Usługi Komunikacyjne K. i spółka s.c. oraz H.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „T.J. Autokarowe Usługi Przewozowe TOMAD" i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.K., J.K., A.K. - wspólników Usługi Komunikacyjne K. i spółka s.c. oraz H.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „T.J. Autokarowe Usługi Przewozowe TOMAD" tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Sygn. akt: KIO 2369/16

Uzasadnienie

Zamawiający, Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego w Katowicach, prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2024 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi dodatkowe w zakresie transportu drogowego - bieżące utrzymanie infrastruktury związanej z informacją przystankową.

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp, co jest pomiędzy stronami bezsporne.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE nr 2016/S 131 - 236474 z dnia 9 lipca 2016 r.

W dniu 16 grudnia 2016 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.K., J.K.., A.K. - wspólnicy Usługi Komunikacyjne K. i spółka s.c. oraz J.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „T.J. Autokarowe Usługi Przewozowe TOMAD", wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem czynności

rozstrzygnięcia ww. postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J." w Katowicach, wbrew obowiązkom i zakazom określonym w ustawie, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp;
2. wadliwą ocenę dokumentów (oferty) i uznanie za wystarczające wyjaśnień złożonych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J.J. w Katowicach, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaniechanie wykluczenia tych Wykonawców pomimo nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymaganego SIWZ (pkt. 6.3), gdyż żaden przedłożony przez nich dokument zawierający zobowiązanie podmiotu na którego zasobach polegają wymienieni Wykonawcy, w tym także pisemne zobowiązanie R.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą TREBOR R.T. z siedzibą w Wołominie, nie określa charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu

udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia i sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawców przy wykonywaniu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp w zw. z art.26 ust. 2b pzp;
3. wadliwą ocenę dokumentów załączonych do oferty i uznanie że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J." w Katowicach, spełniają warunki udziału w postępowaniu i zaniechanie wykluczenia tych Wykonawców, pomimo braku wymaganego SIWZ (pkt. 6.6 SIWZ z związku z pkt. 7a „Uwagi") wykazania przez nich, że każdy z wymienionych Wykonawców jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp w zw. z art.26 ust. 2b pzp;
4. akceptację zmiany dokonanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J." w Katowicach, istotnego dokumentu załączonego (załącznik nr 2 do SIWZ) do oferty, na dokument o innej treści, przy czym dokument zmieniający datowany jest na dzień otwarcia ofert, pomimo doręczenia go Zamawiającemu już po tej dacie i zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wymienionych Wykonawców, co stanowi naruszenie art. 98 ust.1 pkt. 1 w zw. z art. 82 ust. 1 i 3 pzp;
5. wadliwą ocenę oferty i uznanie za wystarczające wyjaśnień Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J." w Katowicach i zaniechanie odrzucenia tej oferty pomimo, że oferta ta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 4 w zw. z art. 90 ust. 3 pzp;
6. zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 pzp.

Odwołujący wniósł o:
1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o.o. w Katowicach oraz J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J." w Katowicach, jako oferty najkorzystniejszej;
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o.o. w Katowicach oraz

J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J.” w Katowicach i odrzucenia oferty wymienionych Wykonawców;
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a następnie wybranie oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu;
5. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według rachunku, który przedłożony zostanie na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:
„[…]
Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w pkt. 6.3. określa dowody, o których mowa w art. 26 ust. 2b pzp, jeżeli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów. Zgodnie z przywołanym zapisem SIWZ jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach wiedzy i doświadczenia innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy powinien złożyć wraz z ofertą dokumenty dotyczące:
- sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia,
- charakteru stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.
Dowód: - Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia,
Składając ofertę Silesia Transport przedłożyła wystawiony w dniu 26 lipca 2016 r. przez Pana R.T. dokument - zobowiązanie do udostępnienia firmie Silesia Transport Sp. z o. o. posiadanych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, ale dokument ten nie określa wymaganego specyfikacją sposobu wykorzystania zasobów, charakteru stosunku jaki będzie łączył Wykonawcę z firmą TREBOR (podwykonawstwo?) ani zakresu i okresu udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.
Dowód: - „Zobowiązanie” pismo R.T. z dnia 26 lipca 2016 r.
(w dokumentacji przetargowej posiadanej przez Zamawiającego)
Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lipca 2015 r. KIO 1439/15
Postanowienia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wskazują na konieczność udowodnienia zamawiającemu przez wykonawcę, który powołuje się na cudzy potencjał, że wykonawca ten będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przez przedstawianie zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotów (udostępniających potencjał) do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Również w wyroku z dnia 10 maja 2016 r. KIO 661/16 Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy w razie, gdy wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych i ekonomicznych innych podmiotów, to w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.
Dyspozycja art. 26 ust. 2b ustawy oraz § 1 ust. 6 Rozporządzenie 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. z 2013 r. poz. 231) wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu, udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Stwierdzenie oddania wykonawcy zasobu należącego do podmiotu trzeciego musi być konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego, lub innego dokumentu.
Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony. To, jaka forma

udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów. Takie stanowisko prezentowała Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, min.: KIO 2292/13, KIO 715/14). Również Sąd Okręgowy w Gdańsku w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 315/11, zwrócił uwagę na to, że „przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia.
W niniejszej sprawie należy zauważyć, że zgodnie z zapisem pkt 3.4b Specyfikacji Zamawiający wymaga od Wykonawcy w szczególności aby posiadał biegłą znajomość lokalizacji przystanków komunikacji miejskiej na obsługiwanym terenie (według pkt 3.1 SIWZ aktualnie 4 500 punktów informacji przystankowej), ich nazw oraz relacji linii obsługujących dany przystanek. Ponadto od Wykonawcy wymaga się znajomości realiów działania publicznego transportu zbiorowego organizowanego przez Zamawiającego.
Tak więc nawet ze względu na powyższy warunek wymaganie jednoznacznych dowodów gwarantujących rzeczywisty dostęp Wykonawcy do zasobów innego podmiotu jest oczywisty.

Jak wynika z dokumentacji przetargowej w niniejszym przypadku Silesia Transport nie udowodniła że spełnia wymienione wyżej warunki do udziału w postępowaniu i dlatego stosownie do normy art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp w związku z art. 26 ust. 2b pzp Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J.J. w Katowicach winni być wykluczeni z udziału w postępowaniu.
Pkt. 5.1. ppkt. 3 SIWZ stanowi, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę min. 100 000 zł (słownie: sto tysięcy zł). Natomiast stosownie do pkt. 5.2. Specyfikacji, ocena spełniania przez Wykonawcę powyższego warunku udziału w postępowaniu będzie dokonana na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów, określonych w pkt. 6 SIWZ (Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie ma dostarczyć wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp).
Zgodnie z pkt. 6.5. oraz pkt. 7 SIWZ wraz z ofertą Wykonawca winien przedłożyć opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na kwotę min. 100 000 zł w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.
W przypadku gdy Wykonawcy ubiegają się wspólnie o udzielenie zamówienia, opłaconą polisę OC lub inny dokument musi złożyć każdy wykonawca, który bezpośrednio będzie wykonywał usługę montażu (posadowienia) zestawu punktu informacji przystankowej lub jego części.
Dowód: Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.
W piśmie z dnia 03.08.2016 r. (PS.271.26.14.2015.GW) zawierającym wyjaśnienia związane z zapytaniami wykonawcy dotyczącymi SIWZ, odpowiadając na pytanie 7: „Jaką działalność Zamawiający uznaje za związaną z przedmiotem zamówienia którą ma obejmować ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (pkt 5.1 podpkt. 3 SIWZ)? Proszę o podanie kodu (kodów) PKD” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:
„Ubezpieczenie winno obejmować ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia, tj. usługi dodatkowe w zakresie transportu drogowego lub bieżące utrzymanie infrastruktury związanej z informacją przystankową. Określenie PKD nie jest wymagane w zawartej polisie.”
Dowód: pismo KZK GOP z dnia 03.08.2016 r.
W niniejszym przypadku Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach i Pan J.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą .Silesia Transport J.J. w Katowicach nie

---

wskazali, aby którykolwiek z wymienionych wykonawców nie miał wykonywać usługi montażu (posadowienia) zestawu punktu informacji przystankowej lub jego części.

Oznacza to, ze każdy z Wykonawców zobowiązany był przedłożyć opłaconą polisę potwierdzającą ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej na kwotę min. 100 000 zł w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.
Wbrew temu wymogowi Pan J.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J.J. nie przedłożył żadnej polisy; przedłożona została tylko jedna polisa dotyczącą ubezpieczenia Silesii Transport Sp. z o. o. w Katowicach, ale nawet i ta polisa nie spełnia wymaganych warunków.
Jak bowiem wynika z wystawionego przez TUiR WARTA S.A. dokumentu to jest Polisy Nr 908548569882 WARTA Ekstrabiznes Plus, ubezpieczenie Silesii Transport Sp. z o. o. dotyczy ryzyk w zakresie działalności wykonywanej przez Ubezpieczającego i przyjętej do ubezpieczenia wraz z PKD: robót związanych z budową dróg i autostrad, naprawy i konserwacji metalowych wyrobów gotowych, pozostałych specjalistycznych robót budowlanych (gdzie indziej niesklasyfikowanych - według PKD), produkcji pozostałych gotowych wyrobów metalowych (gdzie indziej niesklasyfikowanych - według PKD) i obróbki mechanicznej elementów metalowych.
Polisa ta obejmuje ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (Wariant I) z tytułu działalności i posiadania mienia z wyłączeniem odpowiedzialności za produkt i szkody powstałe po wykonaniu usługi oraz o odpowiedzialność z tytułu wykonania usług budowlano-montażowych.
Klauzulą dodatkową („G") Ubezpieczający rozszerzył zakres ubezpieczenia OC o odpowiedzialność z tytułu wykonywania usług budowlano-montażowych.
Dowód: Polisa Nr 908548569882 WARTA Ekstrabiznes Plus,
(w dokumentacji przetargowej posiadanej przez Zamawiającego)
Treść polisy przedłożonej przez Silesię Transport Sp. z o. o. należy interpretować zgodnie z postanowieniami Ogólnych Warunków Ubezpieczenia WARTA Ekstrabiznes Plus („OWU"), tekst jednolity uwzględniający zmiany wprowadzone Aneksem nr 1/2015, które (w Dziale IV - Ubezpieczenie Odpowiedzialności Cywilnej) stanowią między innymi:
„Definicje
§47
2. Odpowiedzialność za produkt lub szkody powstałe po wykonaniu pracy lub usługi - odpowiedzialność za szkody osobowe lub szkody rzeczowe wyrządzone wadą produktu lub dostarczeniem przez Ubezpieczającego produktu innego niż uzgodniono, w tym również powstałe na skutek błędnego doradztwa dotyczącego zastosowania dostarczonego produktu jak również odpowiedzialność za szkody wyrządzone wadliwym wykonaniem przekazanych odbiorcy prac lub usług.

---

7. Ubezpieczona działalność - rodzaj działalności gospodarczej lub zawodowej wykonywanej przez Ubezpieczającego, której prowadzenie chce on objąć ochroną ubezpieczeniową, zadeklarowany we wniosku przy zawieraniu umowy ubezpieczenia i wskazany w polisie.
8. Usługi budowlano-montażowe - wykonywanie którejkolwiek z poniższych czynności:
1) projektowanie budowlane,
2) realizacja, wznoszenie, montaż lub rozbiórka jakichkolwiek obiektów budowlanych lub ich części,
3) wykonywanie jakichkolwiek prac polegających na przebudowie, odbudowie, rozbudowie, nadbudowie, remoncie, modernizacji obiektów budowlanych lub ich części,
4) wykonywanie jakichkolwiek prac budowlanych związanych z montażem, remontem, modernizacją jakichkolwiek maszyn, urządzeń, wyposażenia (niezależnie czy pojedynczych czy całych linii technologicznych) lub ich części,
5) wykonywanie jakichkolwiek robót ziemnych (w tym w szczególności wykopów, nasypów, wzmacniania gruntu).
Przedmiotowy zakres ochrony ubezpieczeniowej §48
1. WARTA obejmuje ochroną ubezpieczeniową odpowiedzialność cywilną Ubezpieczającego jeżeli w związku z posiadaniem mienia lub prowadzeniem ubezpieczonej działalności jest on zobowiązany do naprawienia szkody osobowej lub szkody rzeczowej poniesionej przez osobę trzecią.
2. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej może zostać zawarte w dwóch wariantach:
1) Wariant I - w zakresie odpowiedzialności cywilnej związanej z wykonywaniem działalności i posiadaniem mienia,

2) Wariant ii - w zakresie odpowiedzialności cywilnej związanej z wykonywaniem i posiadaniem mienia wraz z odpowiedzialnością za produkt i działalności odpowiedzialnością za szkody powstałe po wykonaniu pracy lub usługi."
Dowód:- Ogólne Warunki Ubezpieczenia WARTA Ekstrabiznes Plus („OWU"), tekst jednolity uwzględniający uwzględniający zmiany wprowadzone Aneksem nr 1/2015 na stronie internetowej Warty https://www.warta.pl/documents
Mając na względzie, że usługi dodatkowe w zakresie transportu drogowego - bieżące utrzymanie infrastruktury związanej z informacją przystankową niewątpliwie nie są usługami budowlano montażowymi, a ponadto ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej Silesii Transport Sp. z o. o. zawarte w „Wariancie i" nie obejmuje odpowiedzialności za szkody powstałe po wykonaniu usługi całkowicie uprawnione jest stwierdzenie, że ubezpieczenie to nie obejmuje odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Oznacza to że żaden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzącego

---

działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J.J. w Katowicach nie przedłożył dokumentu wykazującego fakt ubezpieczenia wymaganego SIWZ, mimo że obowiązek ten dotyczył każdego z nich.
Tym samym Zamawiający winien wykluczyć wymienionych Wykonawców z udziału w postępowaniu winni być obligatoryjnie wykluczeni z udziału w postępowaniu, czego Zamawiający zaniechał z naruszeniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt. 4 pzp w zw. z art.26 ust. 2b pzp;
W tym miejscu wypada zauważyć, że podobny zarzut w związku z polisą OC przedłożoną przez Pana J.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Silesia Transport J.J. w Katowicach wraz z ofertą w poprzednim zamówieniu publicznym prowadzonym przez KZK GOP Krajowa Izba Odwoławcza uzasadniając wyrok z dnia 20 marca 2013 r. (Sygn. akt 474/13) oceniła jako zasadny, jednakże w tamtym przypadku nie miał on znaczenia dla sprawy z uwagi na oddalenie odwołań wniesionych w odniesieniu do czynności Zamawiającego w zakresie wyboru ofert osób posiadających aktualnie status Odwołującego.
Na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.09.2016 r. o wyjaśnienie czy podmiot udostępniający zasoby wiedzy i doświadczenie wykonał w okresie od 29.08.2013 r. do 30.11.2015 r. usługi o wartości netto 6 500 000,00 zł polegające na wymianie rozkładów jazdy lub pasażerskiej informacji przystankowej na przystankach komunikacyjnych, w dniu 12 września 2016 r. Silesia Transport podała, że Pan R.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą TREBOR wykonywał w okresie od 29 sierpnia 2013 r. do 30 listopada 2015 r. usługi polegające na wymianie rozkładów jazdy lub pasażerskiej informacji przystankowej na przystankach komunikacyjnych, a wartość tych usług wyniosła 6,5 min zł netto.
Jednocześnie wymieniony Wykonawca przedłożył nowy załącznik nr 2 do oferty (Wykaz Usług o których mowa w pkt. 5.1 ppkt.1 SIWZ w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert o łącznej wartości nie mniejszej niż 5.000.000 zł netto w tym okresie), w którym w kolumnie 5 podał, że usługi (wykonywane przez firmę TREBOR na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie) polegające na wymianie rozkładów jazdy lub pasażerskiej informacji przystankowej na przystankach komunikacyjnych w okresie od 29.08.2013 r. do 30.11.2015 r. stanowiły wartość 6 500 000 zł netto.
Dokument wykazu złożony przez Silesię Transport wraz z ofertą z datą 29 sierpnia 2016 r. posiada nr 8 (w dokumentacji przetargowej), natomiast załącznik zmieniający nie posiada żadnego numeru ale jest datowany również na 29 sierpnia 2016 r. mimo, że został złożony wraz z pismem w dniu 12 września 2016 r.
Dowód: - pismo Silesii Transport do Zamawiającego z dnia 12 września 2016 r.
- Załącznik Nr 2 (karta 8)
- Załącznik Nr 2 (karta bez numeru)
(w dokumentacji przetargowej Zamawiającego)

Wymieniony wykaz usług stanowi istotny dokument, mający wskazywać na spełnienie warunku wymaganego SIWZ i zmiana tego dokumentu stanowi zmianę oferty, która po otwarciu ofert jest niedopuszczalna. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy nie zezwala na zmianę treści oferty po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia.

Dopuszczenie do sformułowania, bądź skonkretyzowania przez wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert, jest jednocześnie sprzeczne z zasadą niezmienności ofert oraz zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Stanowisko to znajduje pełne oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 666/15, KIO 250/16
Do pisma z dnia 12 września 2016 r. Silesia Transport załączyła także Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Nr 57/2011 przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie, dotyczącą zamówienia realizowanego przez podmiot udostępniający Silesii Transport zasoby wiedzy i doświadczenia to jest firmę TREBOR R.T. na dowód, że wskazany podmiot wykonywał prace polegające min. na wymianie tablicy lub wkładu z rozkładami jazdy, umieszczaniu informacji na przystankach, czy też oznakowaniu tras objazdowych. Z specyfikacji tej wynika jednoznacznie, że usługi wykonywane przez TREBOR R.T. świadczone były w ramach zamówienia publicznego, którego przedmiot nie obejmował sporządzania rozkładów jazdy. Wartość usług wykonywanych przez firmę TREBOR na rzecz Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie) polegających na wymianie rozkładów jazdy lub pasażerskiej informacji przystankowej na przystankach komunikacyjnych w okresie od 29.08.2013 r. do 30.11.2015 r. podana przez Silesię Transport stanowiła kwotę 6 500 000 zł netto, czyli 7 995 000 zł brutto. Wartość tych usług podana KZK GOP przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie jest jeszcze wyższa bo wynosi 6 598 727 zł netto czyli 8 116 434 zł brutto. Wartość ta jest niewiele niższa od ceny brutto w wysokości 8 992 973,10 zł podanej w ofercie przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J.J. w Katowicach w niniejszym postępowaniu, mimo że cena oferty Silesii Transport w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmuje także wartość (nie świadczonych przez Trebor na rzecz ZTM) usług polegających na sporządzaniu rozkładów jazdy i wycenionych przez tego Wykonawcę (Formularz cenowy w rubrykach 28 i 37) na łączną kwotę 4 949 212,50 zł brutto.
Dowód: - Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Nr 57/2011 przez Zarząd Transportu Miejskiego w Warszawie,
- Pismo Zarządu Transportu Miejskiego w Warszawie do KZK GOP z dnia 01.12.2016 r. znak ZTM-PI-Z 051.210.2016.PRA
- Wykaz Usług (załącznik Nr 2 do oferty Silesii Transport)
- Formularz Cenowy Silesii Transport

(w dokumentach przetargowych Zamawiającego)
Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie jak Wykonawca skalkulował cenę i ewentualne podanie dowodów Silesia Transport ograniczyła się tylko do złożenia wyjaśnień i nie dołączyła żadnych dowodów na ich potwierdzenie (nawet wykazujących, że nie narusza przepisów o minimalnym wynagrodzeniu)
Dowód: - pismo Silesii Transport do Zamawiającego z dnia 3 października 2016 r. znak:ST/TP-37/10/16 (w dokumentacji przetargowej Zamawiającego)
Wyjaśnienia te Zamawiający przyjął bezkrytycznie mimo że cena zaoferowana przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o. o. w Katowicach oraz J.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Silesia Transport J.J. w Katowicach stanowi (po korekcie) kwotę 8.992.973,10 zł brutto natomiast wartość zamówienia wynosi 20.427.557,00 zł brutto.
W tym stanie rzeczy Odwołujący stoi na stanowisku, że cena zaoferowana przez wymienionych Wykonawców jest rażąco zaniżona i złożona przez nich oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 90 ust. 2 i 3 pzp.
[…]”

Uwzględniając treść akt sprawy odwoławczej oraz stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie jest niezasadne.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują

wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) do przedmiotowego postępowania stosuje się przepisy ustawy w brzmieniu sprzed wejścia w życie ww. nowelizacji.

12

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia w zakresie zarzutu dotyczącego zobowiązania podmiotu trzeciego załączonego do wybranej oferty, przywołać należy art. 26 ust. 2b, według którego Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonaniu zamówienia.

Do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Silesia Transport Sp. z o.o. w Katowicach oraz J.J., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J." (dalej „Konsorcjum Silesia") załączono zobowiązanie TREBOR R.T. z dnia 26 lipca 2016 r. (str. 10 oferty) do udostępnienia Konsorcjum Silesia zasobu wiedzy i doświadczenia zdobytego na wskazanym w treści zobowiązania zadaniu naa potrzeby wykazania warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. W treści zobowiązania wskazano m.in.: „Opisane zasoby zostaną udostępnione na podstawie zawartej umowy o współpracę, w formie doradztwa i konsultacji oraz wsparcia technicznego i logistycznego w zakresie prac technicznych związanych z przygotowaniem i instalacją elementów infrastruktury przystankowej oraz logistyki obsługi tej infrastruktury w terenie."

Powyższe zobowiązanie stanowi wystarczający dowód okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy. Określa charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem – będzie to stosunek umowny. Określa również zakres udziału oraz sposób wykorzystania zasobów TREBOR (a tym samym i okres) przy wykonywaniu zamówienia – doradztwo, konsultacje, wsparcie techniczne i logistyczne przy pracach przygotowawczych i instalacyjnych infrastruktury przystankowej.

W zakresie zarzutu dotyczącego polisy OC w pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż cytowane powyżej, przywoływane w treści odwołania wymagania SIWZ, co do przedłożenia polisy, odnoszą się jedynie do tych członków konsorcjów, którzy wykonywać będą prace związane z montażem/posadowieniem zestawów informacji przystankowej.

Według oświadczenia Przystępującego, p. J.J., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Silesia Transport J.J." nie będzie wykonywał ww. prac. Wystarczające więc było przedłożenie polisy OC dla drugiego konsorcjanta, Silesia Transport Sp. z o.o. w Katowicach, która realnie wykonywała będzie rzeczone prace.

13

I taką polisę Konsorcjum Silesia do swojej oferty załączyło – jest to Polisa Nr 908548569882 WARTA Ekstrabiznes Plus wystawiona przez TUiR WARTA S.A. (str. 15 oferty).

W przedmiocie podnoszonego braku zakresowego powiązania działalności ubezpieczanej (objętej ww. polisą) z przedmiotem niniejszego zamówienia, Izba wskazuje, iż rzeczona polisa obejmuje m.in. roboty związane z budową dróg i autostrad (kod 42.11 PKD). Tymczasem, jak słusznie podniesiono w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 20 marca 2013 roku, sygn. akt KIO 474/13, KIO 480/13, PKD dla usług polegających na utrzymaniu infrastruktury przystankowej klasyfikowane jest zgodnie z załącznikiem do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. z 2007, Nr 251, poz. 1885 ze zmianami) do podklas: 4334Z – „Malowanie i szklenie"

oraz 4211Z – „Roboty związane z budową dróg i autostrad”.

Powyższe jednoznacznie przesądza, że działalność przyjęta do polisy przedłożonej przez Konsorcjum Silesia jest związana z przedmiotem zamówienia – zamawiane utrzymanie infrastruktury przystankowej mieści się w „Robotach związanych z budową dróg i autostrad” wprost objętych ubezpieczeniem.

Odnośnie zarzutu niedozwolonej zmiany treści oferty Izba wskazuje, iż dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w szczególności informacje o doświadczeniu wykonawców, nie stanowią treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ustawy. Ponadto dokumenty podmiotowe uzupełniane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp winny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu na datę składania ofert. Tym samym działanie wybranego wykonawcy w przedmiocie oznaczenia wykazu doświadczenia datą składania oferty było jak najbardziej poprawne.

Podstawę prawną rozstrzygnięcia zarzutu odwołania dotyczącego ceny rażąco niskiej jest art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, zgodnie z którym, zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast zgodnie z kolejnymi jednostkami redakcyjnymi art. 90 ustawy:

1. Jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:

---

   1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);
   2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
2. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał Konsorcjum Silesia do złożenia wyjaśnień w przedmiocie oferowanej cenie w związku z różnicą pomiędzy ceną a szacunkową wartością zamówienia.

W odpowiedzi na powyższe Wykonawca złożył w dniu w dniu 3 października 2016 r. wyjaśnienia w przedmiocie swojej ceny ofertowej, w których przedstawił co kalkulował i w jaki sposób.

Tymczasem zarzuty Odwołującego w tym zakresie opierają się jedynie na dwóch okolicznościach faktycznych: po pierwsze na podnoszonej różnicy pomiędzy ceną a szacunkową wartością zamówienia, po drugie na porównaniu ceny oferowanej przez Konsorcjum Silesia w tym postępowaniu do wartości i zakresu kontraktu realizowanego przez TREBOR R.T. na rzecz ZTM w Warszawie. Nie zakwestionowano natomiast prawidłowości szczegółowych kalkulacji Konsorcjum Silesia, które były Odwołującemu znane.

Taką prezentację zarzutów i dobór materiału dowodowego nie sposób uznać za wystarczający do zakwestionowania konkluzji, że Konsorcjum Silesia udowodniło Zamawiającemu, iż jego cena rażąco niska nie jest. Po pierwsze zestawienie ofert składanych w niniejszym postępowaniu przesądza, iż wartość zamówienia została przez

Zamawiającego przeszacowana. Ponadto porównywanie ceny jednostkowego zamówienia, wykonywanego na innym rynku, z ceną zamówienia o innym zakresie i specyfice nie niesie miarodajnych informacji, na temat rzeczywistej, rynkowej wartości zamawianych prac.

15

Tym samym nie sposób orzec o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 4 przez Zamawiającego przez jego niezastosowanie do oferty wybranej.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

16