

WYROK

z dnia 2 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2015 r. przez **Zakład Drogowy T. P. Spółka jawna w Raciborzu Długim** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Przemyśl - Zarząd Dróg Miejskich w Przemyślu** przy udziale wykonawcy **T. H.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Miastu Przemyśl – Zarządowi Dróg Miejskich w Przemyślu** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy T. H. do uzupełnienia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, głównych usług, w zakresie wykonania w ciągu ostatnich trzech lat usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorsko-sprzętowe + akcja czynna), o wartości min. 600.000,00 zł brutto i dokonanie ponownej oceny ofert
2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala
3. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Przemyśl - Zarząd Dróg Miejskich w Przemyślu** i

1

-
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Drogowy T. P. Spółka jawna w Raciborzu Długim** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Przemyśl - Zarządu Dróg Miejskich w Przemyślu** na rzecz **Zakładu Drogowego T. P. Spółki jawnej w Raciborzu Długim** kwotę **19 222 zł 20 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy dwieście dwadzieścia dwa złote dwadzieścia groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Rzeszowie**.

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający - **Miasto Przemyśl - Zarząd Dróg Miejskich w Przemyślu** - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w zakresie zimowego utrzymania jezdni na terenie miasta Przemyśla w sezonie 2015/2016.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 września 2015 roku wykonawca **Zakład Drogowy T. P. Spółka jawna w Raciborzu Długim** (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechał przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu:

- zaniechanie wykluczenia T. H. w Malhovicach na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p. pomimo iż wybrany wykonawca w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, a mianowicie w ramach zamówienia publicznego na "Zimowe utrzymanie i poziome oczyszczanie ulic na terenie miasta Przemyśla w sezonie 2013/2014" złożył nieprawdziwe informacje odnośnie podstawy do sprzętu wskazując, iż jest jego właścicielem, o czym zamawiający posiada wiedzę i był w stanie wykazać to dostępnymi środkami dowodowymi, na co wskazuje również dokument "Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty" z dnia 6 listopada 2013 roku, w szczególności, iż Zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (strona 10 pkt 30);
- zaniechanie wykluczenia z postępowania wybranego wykonawcy T. H. w Malhovicach na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., pomimo iż nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, bowiem przedłożone przez rzeczonoego wykonawcę dokumenty o dysponowaniu potencjałem technicznym innego podmiotu tj. J. P. w postaci pługosolarki Iveco nie mogą zostać udostępnione na czas korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z uwagi na fakt, iż zgodnie z treścią art. 709 ¹² § 1 K.c., bez zgody finansującego korzystający nie może oddać rzeczy do używania osobie trzeciej, a jak wynika z treści przedłożonej przez tego wykonawcę umowy leasingu operacyjnego (OH) nr 11255/JG/II z dnia 23. 11. 2011 r., leasingobiorca nie jest uprawniony do ustanawiania na sprzęcie jakichkolwiek praw na rzecz osób trzecich, co więcej, oświadczenie leasingobiorcy, iż zamierza dokonać wykupu przedmiotu leasingu po upływie okresu trwania umowy z uwagi, iż mowa w nim o zdarzeniu przyszłym i niepewnym, nie może być dowodem na dysponowanie potencjałem technicznym J. P. w trakcie realizacji zamówienia; ;
- zaniechanie wezwania wykonawcy T. H., na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, tj. że wykonał - on lub podmiot, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie polegać - należycie w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorsko-sprzętowe + akcją czynną) o wartości min. 600 000 zł brutto na jeden sezon zimowy, albowiem z przedstawionego do oferty wykazu usług nie wynika w sposób wyraźny, iż w ciągu ostatnich 3 lat Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „FACH MAN” T. Z. wykonało należycie kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorsko- sprzętowe + akcja czynna), albowiem z przedstawionych referencji nie wynika, aby w ramach wykonywanych usług T. Z. wykonywał pogotowie dyspozytorsko sprzętowe, a nadto przedstawiona wartość robót dotyczy łącznie ostatnich 4 lat, co nie jest równoznaczne z wykazaniem, iż w ciągu ostatnich 3 lat wykonywał należycie kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni o wartości min. 600 000 zł brutto za jeden sezon zimowy,
- zaniechanie wezwania wykonawcy T. H., na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy P.z.p., do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunku posiadania potencjału technicznego, gdyż zobowiązanie Transbet sp. z o.o. z siedzibą w Przemyśle do udostępnienia ładowarki XCMG ZL50G nie dowodzi, iż oświadczenie złożyła osoba uprawniona do reprezentowania spółki;
- zaniechanie odrzucenia oferty wybranej wobec złożenia przez wykonawcę niepodpisanego kosztorysu ofertowego, tj. z naruszeniem obowiązku zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważkości,
- zaniechanie odrzucenia oferty złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, co stanowi naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez T. H.,

4

- dokonanie czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy i jego wykluczenia z postępowania,

- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego się, względnie:

- nakazanie zamawiającemu wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień,

- zasądzenie na rzecz odwołującego się kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa adwokackiego, zgodnie z przedłożoną fakturą.

Odwołujący stwierdził, że jego interes we wniesieniu odwołania wyraża się w dążeniu do uznania jego oferty jako najkorzystniejszej i tym samym do uzyskania zamówienia z uwagi na fakt, iż jego oferta, po wykluczeniu wybranego wykonawcy, będzie ofertą najkorzystniejszą na podstawie przyjętego kryterium ceny.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentu tj. Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 listopada 2013 roku na okoliczność jego treści.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający posiada wiedzę w zakresie zawinonego i poważnego naruszenia przez wybranego wykonawcę w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania obowiązków zawodowych, co winno skutkować jego wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p. Otóż w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Zimowe utrzymanie i poziome oczyszczanie ulic na terenie miasta Przemyśla w sezonie 2013/2014 - część 1 zamówienia” T. H. podał nieprawdziwe informacje odnośnie podstawy do dysponowania podanym w wykazie sprzętem wskazując, iż jest jego właścicielem. O fakcie tym zamawiający posiada wiedzę jako strona rzeczzonego postępowania i był w stanie wykazać dostępnymi środkami dowodowymi, na co wskazuje również dokument "Zawiadomienie o unieważnieniu wyboru najkorzystniejszej oferty i ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 6 listopada 2013 roku przesłany odwołującemu się faxem w dniu 6 listopada 2013 roku. Pomimo, iż zamawiający przewidział możliwość wykluczenia wykonawcy w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (strona 10 pkt 30), to nie dokonał wykluczenia tego Wykonawcy.

Odwołujący stwierdził, iż z uwagi na stosunkowo krótką praktykę stosowania przepisu art. 24 ust. 2a P.z.p., należy odwołać się przy jego wykładni do orzecznictwa europejskiego, w którym podkreśla się, że „poważne wykroczenie zawodowe” obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które rzutują na wiarygodność zawodową wykonawcy. Niewątpliwie oświadczenie nieprawdy w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, zwłaszcza

5

wobec tego samego zamawiającego, wypełnia definicję poważnego i zawinonego wykroczenia zawodowego. Na marginesie wskazać należy, iż T. H. również obecnie oświadcza, iż dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym, co jednak budzi wątpliwości choćby w świetle podnoszonych zarzutów.

Wykonawca, którego oferta została wybrana, nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia, bowiem przedłożone przez T. H. dokumenty o dysponowaniu potencjałem technicznym innego podmiotu tj. J. P. w postaci plugosolarki Iveco, nie mogą stanowić pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania mu posiadanych zasobów na czas korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z uwagi na fakt, iż zgodnie z treścią art. 709 § 1 K.c., bez zgody finansującego korzystający nie może oddać rzeczy do używania osobie trzeciej, a jak wynika z treści przedłożonej przez tego Wykonawcę umowy leasingu operacyjnego (OH) nr 11255/JG/II z dnia 23. 11. 2011 r., J. P. takiej zgody leasingodawcy nie

posiada, co więcej, zgodnie z treścią umowy nie jest on uprawniony do ustanawiania na sprzęcie (przedmiocie umowy leasingu) jakichkolwiek praw na rzecz osób trzecich. Ponadto oświadczenie leasingobiorcy, iż zamierza dokonać wykupu przedmiotu leasingu po upływie okresu trwania umów, z uwagi, iż mowa w nim o zdarzeniu przyszłym i niepewnym, nie może być dowodem na dysponowanie potencjałem technicznym J. P. w trakcie realizacji zamówienia, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy.

Odwołujący podniósł, iż wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą nie wykazał, zdaniem odwołującego się, iż spełnia pozostałe wymagania udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym oraz w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia. Zamawiający wymagał złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, tj. że wykonał - on lub podmiot, na którego wiedzy i doświadczeniu wykonawca będzie polegać - należycie w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorsko-sprzętowe + akcję czynną) o wartości min. 600 000 zł brutto na jeden sezon zimowy. Wedle odwołującego się, przedstawiony wykaz usług oraz załączone referencje nie dowodzą w sposób wyraźny, iż w ciągu ostatnich 3 lat Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe „FACHMAN” T. Z. wykonało należycie kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorsko-sprzętowe + akcja czynna), albowiem z przedstawionych referencji nie wynika, aby w ramach wykonywanych usług T. Z. wykonywał pogotowie dyspozytorsko sprzętowe, a nadto przedstawiona wartość robót

6

dotyczy łącznie ostatnich 4 lat, co nie pozwala na wniosek, iż w ciągu ostatnich 3 lat wykonywał usługi o wartości min. 600 000 zł brutto.

Odwołujący podniósł, że T. H. nie pełni warunków posiadania potencjału technicznego. Niezależnie od ww. zarzutu dotyczącego braku możliwości dysponowania pojazdem, należy uznać za bezskuteczne zobowiązanie Transbet sp. z o.o. z/s w Przemysłu do udostępnienia zasobów technicznych w postaci ładowarki XCMG ZL50G, a to z uwagi na fakt, iż brak dowodu, iż oświadczenie woli w tym zakresie złożyła osoba uprawniona do reprezentowania spółki. W obu przypadkach zamawiający winien wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie i złożenia stosownych dokumentów, czego zaniechał.

Nadto odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty wybranej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pomimo jej niezgodności z s.i.w.z. w zakresie wymagań s.i.w.z. co do posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia, dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym a nadto zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. z uwagi na fakt przedłożenia przez wybranego wykonawcę niepodpisanego kosztorysu ofertowego, dla którego to dokumentu wymagane jest zachowanie formy pisemnej pod rygorem nieważności. Orzecnictwo Izby nie pozostawia wątpliwości, iż prawidłową byłaby czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., gdy oferent nie złożył własnoręcznego podpisu pod formularzem cenowym.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 września 2015 roku wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia Pana T. H. na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p. zamawiający podniósł, iż oferta Pana T. H. nie została wybrana do realizacji zamówienia polegającego na zimowym utrzymaniu i poziomym oczyszczaniu ulic na terenie m. Przemysłu w sezonie 2013/2014. Ostatecznie sprawa dysponowania przez w/wymienionego sprzętem, została przez zamawiającego wyjaśniona .

W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego wykluczenia firmy Pana T. H. z postępowania z uwagi na brak potencjału technicznego, zamawiający wskazał, że jego zdaniem procedura przewidziana przepisami ustawy P.z.p. nie wymaga wykazania przez wykonawcę , że posiada zgodę podmiotu udostępniającego sprzęt wykonawcy, a oświadczenie podmiotu udostępniającego sprzęt wykonawcy jest wystarczające. Tym samym zamawiający przyjął, że Pan T. H. będzie dysponował sprzętem przez cały okres realizacji, zamówienia.. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że wykup sprzętu,

tj. płatność ostatniej raty została określona, na dzień 23.11.2015r, a więc praktycznie na początek sezonu zimowego .

Odnosnie zarzutu niezbadania skuteczności zobowiązania firmy Transbet spółka z o.o. z siedzibą w Przemyślu, zamawiający podał, że oświadczenie w imieniu przedmiotowej spółki, złożył Pan M. G., który, zgodnie z wpisem w Krajowym Rejestrze Sądowym, jest uprawniony do reprezentowania tego podmiotu i od lat współpracuje z zamawiającym.

Wobec zastrzeżeń odwołującego się co do nieprawidłowego podpisania przez wybranego wykonawcę kosztorysu ofertowego, zamawiający wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 2 lipca 2012 r. KIO 1201/12 wskazała, że przepisy P.z.p. nie stawiają wymogów co do podpisania każdej strony oferty, a dla zachowania formy pisemnej wystarczające jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie w taki sposób, aby wynikało kto podpisał dany dokument, oraz że wolą osoby składającej ten podpis jest objęcie całości oświadczenia woli złożonego w tym dokumencie. W tym stanie rzeczy należy uznać, że złożenie podpisu i pieczęci, na drugiej stronie oferty Pana T. H., jest wystarczające do stwierdzenia zachowania formy pisemnej tego dokumentu.

Pan T. H., przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w zgłoszonym przystąpieniu wskazał, że zarzuty odwołującego są całkowicie bezpodstawne i nie powinny zostać uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p., przystępujący stwierdził, iż zarzut ten jest całkowicie nieuzasadniony, gdyż przepis wskazuje na obowiązek zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. W przedmiotowym postępowaniu po pierwsze nie zostało wskazane, że wykluczenie wykonawcy na tej podstawie jest możliwe, chociażby wobec nie wskazania w sposób jednoznaczny, że zamawiający taką możliwość przewiduje. Po wtóre dotyczy ono sytuacji, kiedy dany wykonawca realizował zamówienie dla zamawiającego - odwołujący powołuje się na kwestie zaistniałe na etapie postępowania przetargowego, w którym oferta uczestnika nie została wybrana jako najkorzystniejsza. Dodatkowo to zamawiający musi być w stanie wykazać powyższe za pomocą dowolnych środków dowodowych - czego zamawiający nie jest w stanie uczynić (uczestnik nie zgadza

8

się z twierdzeniem, że doszło do złożenia nieprawdy w jakimkolwiek postępowaniu przetargowym i okoliczność tą jest w stanie potwierdzić w sposób dowodowy a dodatkowo zamawiający tego nie udowodnił - nie wykazał za pomocą dowolnych środków dowodowych). Jednocześnie, zdaniem przystępującego, nie potwierdzają one naruszenia jakichkolwiek obowiązków zawodowych, a tym bardziej w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Na marginesie przystępujący wskazał, że brak jest podstaw do wykluczenia bez uprzedniego wezwania wykonawcy przez zamawiającego do udowodnienia, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązań się do ich naprawienia.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia z uwagi na brak potencjału technicznego, przystępujący stwierdził, iż na czas realizacji przedmiotowego zamówienia będzie dysponował sprzętem wskazanym w wykazie. Przedstawił w tym zakresie stosowne oświadczenia, które powinny zostać uznane za wystarczające dla przyjęcia istnienia potencjału technicznego. Przy badaniu, czy wykorzystanie zasobów innego podmiotu w toku realizacji zamówienia, należy mieć na uwadze specyfikę zamówienia. Oczywistym jest, że zakres wsparcia udzielanego stosownie do art. 26 ust. 2b P.z.p. jest zależny nie tylko od przedmiotu zamówienia, ale również od specyfiki konkretnego zamówienia. W sytuacji, kiedy uczestnik ma realną możliwość wykorzystania sprzętu w postaci pługosolarki wobec

zawarcia stosownej umowy cywilnoprawnej z podmiotem sprzęt ten dysponującym, brak jest podstaw do wykluczenia uczestnika. Niezależnie od faktu, że udostępniający potencjał techniczny ma znacznie większe możliwości niż wskazane w oświadczeniu o udostępnieniu. Każdorazowo, kiedy jest konieczność użyczenia sprzętu, ma możliwość uzyskania takiej zgody od leasingodawcy. Tym bardziej, że umowa leasingu kończy się 23.11.2015 i pługopiaskarka zostanie wykupiona (przedmiotowa pługopiaskarka o wartości kilkuset tysięcy ma wartość wykupu ok. 2600 zł netto, zatem oczywistym jest, że stanie się ona własnością oddającego do dyspozycji przedmiotowy sprzęt). Niezależnie od powyższego przystępujący jako profesjonalista posiada znaczne możliwości w zakresie dostępu do sprzętu (uwzględnia bowiem zdarzenia losowe skutkujące koniecznością zastąpienia aktualnego potencjału technicznego celem należytego wykonania umowy).

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających doświadczenie, gdyż z wykazu nie wynika, iż wartość zimowego utrzymania za 1 sezon przekracza 600.000 zł i zawiera pogotowie dyspozytorsko-sprzętowe przystępujący wskazał, że powyższe poddaje w wątpliwość kwalifikacje zamawiającego. Zamawiający jako zarządca drogi umie wyczytać z powszechnie dostępnej specyfikacji

9

zamówienia GDDKiA zakres zamówienia publicznego (zamówienia na kompleksowe utrzymanie DK4 oczywiście zawierają zakres tożsamy opisowi zamówienia z opisu przedmiotu zamówienia ad 3 jako pogotowie dyspozytorskie), a z dwóch referencji GDDKiA wystawionych w okresach 27.08.2014 i 26.08.2015, wynika, że skoro różnica w kwocie za utrzymanie zimowe jest 1.013.928,08 zł, to kwota wynagrodzenia za jeden okres zimowy jest wyższa niż 600.000 zł. Przystępujący zwrócił także uwagę, że zakres i treść referencji nie zależy od wykonawcy, lecz od zamawiającego, więc nie miał na nią wpływu, ale w zupełności potwierdza ona spełnianie warunku przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 26 ust. 3 P.z.p. wobec niewykazania, że podpisujący udostępnienia ładowarki XCMG ZL50 G nie był do tego uprawniony, przystępujący stwierdził, iż zarzut ten całkowicie nie znajduje uzasadnienia. Brak jest podstawy prawnej do żądania wzywania do przedłożenia dokumentów innych podmiotów, w szczególności kiedy z oświadczenia o udostępnieniu przedmiotowego sprzętu przez TRANSBET Sp. z o. o. wynika, że podpisał je M. G. a z powszechnie dostępnego i jawnego Krajowego Rejestru Sądowego (dostępnego dla każdego chociażby z dowolnych bezpłatnych stron internetowych) ewidentnie wynika, że jest on uprawniony jednoosobowo do reprezentacji spółki, w imieniu której oświadczenie złożył.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wobec braku podpisanego kosztorysu przystępujący stwierdził, iż przedkładał wszystkie wymagane specyfikacją dokumenty i nie znalazł załącznika w postaci „kosztorysu ofertowego”. Jeżeli odwołujący miał tu na myśli ofertę, to oferta została bowiem przygotowana zgodnie z wymaganiami zamawiającego zawartymi w pkt. 14 specyfikacji - oferta została podpisana osobiście przez składającego ofertę - uczestnika postępowania, doręczona w formie uniemożliwiającej jej zdekompletowanie. Fakt braku parafki na pierwszej stronie oferty nie stanowi jej braku skutkującego odrzuceniem. Parafowanie każdej strony stanowiło bowiem jedynie zalecenie.

Mając na uwadze powyższe przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 9.2 s.i.w.z., wykonawca musi wykazać, że wykonał należycie w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorskie + akcję czynną), o wartości min. 600.000,00 zł brutto za jeden sezon zimowy.

Zgodnie z pkt. 9.3 s.i.w.z., wykonawcy winni wykazać, że dysponują lub będą dysponować odpowiednim sprzętem technicznym, tj. pługopiaskarka – 4 szt., pługosolarka –

10

4 szt., nośnik z napędem na dwie osie wyposażony w pług i rozsiewacz – 5 szt., samochód dostawczy lub osobowy – 1 szt., ładowarka – 1 szt.

Przystępujący wraz z ofertą złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, gdzie wykazał m.in. pługosolarkę IVECO i ładowarkę XCMG ZL50G i wskazał, że podstawą ich dysponowania

jest użyczenie.

W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę powyższych warunków, wykonawcy winni byli przedłożyć:

10.1.1. s.i.w.z. – oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (zał. Nr 2),

10.1.2. s.i.w.z. – wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie (zał. Nr 3),

10.1.3 s.i.w.z. – wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (zał. Nr 4).

Zgodnie z pkt. 30 s.i.w.z. przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania zawiera art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Do oferty przystępujący dołączył zobowiązanie Jana Podgórskiego, w którym udostępniający zobowiązał się udostępnić pługosolarkę MECO przystępującemu w związku z realizacją zadania objętego przedmiotem zamówienia.

Do oferty przystępujący dołączył zobowiązanie Transbet Sp. z o.o. w Przemysłu do udostępnienia ładowarki XCM ZL50G przystępującemu w związku z realizacją zadania objętego przedmiotem zamówienia. Zobowiązanie zostało podpisane przez Pana Mariusza Grochowicza, uprawnionego do reprezentowania Transbet Sp. z o.o., zgodnie z wpisem w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Wraz z ofertą przystępujący złożył wykaz usług zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich 3 lat. W wykazie wykazano następujące usługi: „Zimowe utrzymanie drogo krajowej nr 4 Jędrzychowice Korczowa na odcinkach: Brzozówka-Ropczyce, obwodnica

11

Ropczyc, Ropczyce-Rzeszów. Okres realizacji: sezony zimowe: 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014, 2014/2015. Wartość usług: 3.849.985,97 zł. Zamawiający – GDDKiA Oddział w Rzeszowie.

Wykaz został podpisany przez udostępniającego zasoby T. Z. .

Do wykazu dołączono poświadczenie GDDKiA Oddział w Rzeszowie z dnia 26 sierpnia 2015 roku, gdzie wykazano wartość usług zimowego utrzymania w wysokości 3.849.985,97 zł oraz referencje wystawione przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie z dnia 27 sierpnia 2014 roku, gdzie wykazano wartość zimowego utrzymania w wysokości 2.836.057,89 zł.

Pismem z dnia 2 września 2015 roku zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień.

Zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia oferty o wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane.

Wykaz usług został podpisany przez podmiot, który zobowiązał się udostępnić swoją wiedzę i doświadczenie, natomiast dokument ten winien być podpisany przez wykonawcę składającego ofertę.

Jednocześnie zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania Pana J. P. do udostępnienia swoich zasobów w postaci sprzętu, tj. pługosolarki – samochód ciężarowy marki IVECO przez cały okres zamówienia. Z dodatkowych dokumentów, dołączonych do oferty, wynika, że Pan J. P. ma podpisaną umowę leasingu na ww. sprzęt tylko do dnia 23.11.2015 r., zaś przedmiot umowy ma być realizowany do 31.03.2016 r.

Pismem z dnia 7 września 2015 roku przystępujący udzielił wyjaśnień z których wynika, iż zgodnie z umową leasingu zawartą pomiędzy Europejskim Funduszem Leasingowym SA a J. P., po zakończeniu przedmiotowej umowy leasingobiorca dokona wykupu przedmiotu umowy – samochodu ciężarowego IVECO.

Jednocześnie przystępujący złożył wykaz usług, w którym wykazano te same dane,

co w wykazie złożonym wraz z ofertą. Wykaz został podpisany przez przystępującego.

Izba ustaliła, co następuje:

12

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu zaniechania przez zamawiającego wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych – również wykonywanych, głównych usług, w zakresie wykonania w ciągu ostatnich trzech lat usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorsko-sprzętowe + akcja czynna), o wartości min. 600.000,00 zł brutto.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania są bezzasadne.

Podkreślenia wymaga, że przystępujący w żadnym dokumencie złożonym wraz z ofertą nie udowodnił, że usługi wykonywane przez T. Z., na którego zasoby przystępujący się powołał, obejmowały co najmniej kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorskie + akcją czynną), o wartości min. 600.000,00 zł brutto. Zarówno w założonym wykazie usług, jak i w wykazie uzupełnionym w wyniku wezwania zamawiającego, brak jest informacji o zakresie prac wykonywanych w ramach akcji zimowej. W związku z faktem, iż zamawiający w pkt. 9.2 s.i.w.z., postawił warunek, iż wykonawca musi wykazać, że wykonał należycie w ciągu ostatnich 3 lat co najmniej kompleksowe usługi zimowego utrzymania jezdni (pogotowie dyspozytorskie + akcją czynną), o wartości min. 600.000,00 zł brutto za jeden sezon zimowy, wykonawca musi dowieść, iż właśnie taki zakres był przez niego (lub przez podmiot udostępniający mu zasoby) wykonywany.

W ocenie Izby przystępujący udowodnił, iż usługi wykonywane przez Pana T. Z. w ramach zimowego utrzymania dróg, posiadały wymaganą wartość 600.000,00 zł brutto za jeden sezon zimowy. Konkluzja taka wynika ze złożonych wraz z ofertą dokumentów: poświadczenia z dnia 26 sierpnia 2015 roku i referencji z dnia 27 sierpnia 2014 roku, wystawionych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie. Z referencji wynika bowiem, iż Pan T. Z. wykonał usługi z zakresu zimowego utrzymania o wartości 2.836.057,89 zł, natomiast z poświadczenia wynika, iż wartość wykonanych przez niego usług w tym zakresie wyniosła 3.849.985,97 zł brutto. Oznacza to, iż wartość usług zimowego utrzymania w sezonie zimowym 2014/2015 wyniosła 1.013.928,08 zł, co spełnia postawiony w s.i.w.z. warunek. Niemniej jednak ze złożonych dokumentów nie wynika, iż prace te objęły swym zakresem kompleksową usługę obejmującą pogotowie dyspozytorskie + akcją czynną, stąd też istnieje konieczność uzupełnienia wykazu o wymagane dane.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p.

Zgodnie ze wskazanym artykułem, zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy

13

wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Wskazany przepis jest wynikiem implementacji art. 45 ust. 2 lit. d dyrektywy klasycznej, zgodnie z którym z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucje zamawiające). Przepisy dyrektywy nie zawierają definicji „poważnego wykroczenia zawodowego”. Jak podnosi P. Trepte (Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej objęte dyrektywą klasyczną, Warszawa-Katowice 2006 s. 62), wskazane w art. 45 ust. 2 dyrektywy podstawy mają w niektórych przypadkach zastosowanie wobec wykonawców, którzy zostali utworzeni jako spółki, a w innych – wobec osób indywidualnych, szczególnie w przypadku skazania za działalność przestępczą oraz typowe

wykroczenia zawodowe popełniane przez osoby indywidualne. Przypadkami naruszeń zawodowych, w sensie formalnym, zajmują się organizacje zawodowe, którym podlega dany zawód lub profesja.

Powyższe potwierdza również stanowisko Komisji Europejskiej wyrażone w opinii sporządzonej w związku z pytaniem prejudycjalnym, dotyczącym zgodności przepisu art. 24 ust. 1 pkt 1a z przepisem art. 45 ust. 2 dyrektywy klasycznej, które Krajowa Izba Odwoławcza w 2011 roku skierowała do Trybunału Sprawiedliwości. Zdaniem Komisji użyte w dyrektywie klasycznej pojęcia sugerują, że zwykle niedotrzymanie obowiązków umownych lub mniej istotne naruszenia przepisów prawa nie kwalifikują się jako poważne wykroczenia zawodowe. Komisja poparła powyższą argumentację przytaczając motyw 43 preambuły dyrektywy klasycznej, wymieniający przykładowe wykroczenia zawodowe, za które uznaje się nieprzestrzeganie przez wykonawcę ustawodawstwa krajowego, które stanowiło przedmiot ostatecznego orzeczenia sądu lub decyzji mającej skutek równoważny. Zdaniem Komisji brzmienie dyrektywy sugeruje, że podstawą wykluczenia powinno być poważne niedochowanie przez wykonawcę obowiązku wynikającego z regulacji prawnych dotyczących wykonywania danego zawodu.

14

W ocenie Izby okoliczności, na które powołuje się odwołujący, nie potwierdzają zasadności wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy P.z.p. Podkreślenia wymaga, iż podanie przez przystępującego nieprawdziwych informacji w innym postępowaniu o zamówienie publiczne nie zostało zbadane przez żaden niezależny organ sądowy lub inny, wydający decyzje mające skutek równoważny do wyroku sądowego. Badanie zaś wskazanych okoliczności w tym postępowaniu odwoławczym wykracza poza kognicję składu orzekającego powołanego do rozpoznania niniejszego postępowania. Z samego faktu wykluczenia przystępującego z innego postępowania nie wynika, iż przystępujący jest winny poważnego wykroczenia zawodowego.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy P.z.p., pomimo że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Izba podkreśla, że zgodnie z pkt. 10.1.3 s.i.w.z., w celu wykazania dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, wykonawcy obowiązani byli złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Ponadto, w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego, obowiązany był on udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. Zamawiający nie żądał żadnych innych dokumentów mających na celu wykazanie dysponowania wymaganym potencjałem technicznym. Przystępujący złożył wymagane dokumenty, uczynił zatem zadość wymogom wskazanym w s.i.w.z.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania wezwania przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania potencjału technicznego, a w szczególności niezbadanie skuteczności zobowiązania Transbet sp. z o.o. do udostępnienia zasobów technicznych w postaci ładowarki XCMG ZL50G, gdyż przedłożone zobowiązanie nie dowodzi, iż oświadczenie woli w tym zakresie złożyła osoba uprawniona do reprezentowania spółki.

Izba wskazuje, iż żaden powszechnie obowiązujący przepis prawny, w tym w szczególności przepis art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. nie wymaga, by pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów zawierało dowód, iż oświadczenie woli w tym zakresie złożyła osoba uprawniona do reprezentowania spółki.

Analiza pisemnego zobowiązania z dnia 25 sierpnia 2015 roku wskazuje, że zobowiązanie zostało podpisane przez Pana M. G. . Odwołujący nie wykazał, że osoba ta

15

nie jest uprawniona do reprezentowania Transbet sp. z o.o., a to na nim, jako na podmiocie, który z danego faktu wywodzi określone skutki prawne, ciążył obowiązek wskazania dowodu w tym zakresie.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty

przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy p.z.p. z powodu złożenia przez przystępującego niepodpisanego kosztorysu ofertowego.

Izba podkreśla, że zamawiający nie wymagał on wykonawców składania w niniejszym postępowaniu kosztorysów ofertowych. Oferta przystępującego zawiera natomiast formularz ofertowy sporządzony według wzoru przygotowanego przez zamawiającego. Wzór formularza sporządzony jest na dwóch stronach, przy czym na drugiej stronie znajduje się miejsce na podpis wykonawcy lub jego pełnomocnika. Formularz złożony przez przystępującego podpisany jest na drugiej stronie, w wyznaczonym miejscu.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 78 § 1 K.c., mającego zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy P.z.p., do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Dokument może przy tym składać się z większej liczby stron i nie ma obowiązku składania podpisu na każdej stronie takiego dokumentu. Warunkiem uznania zbioru stron jako jednego dokumentu zawierającego treść danej czynności prawnej jest jego integralność. Do tej kwestii odniósł się Sąd Najwyższy w sposób następujący: „W świetle art. 78 § 1 k.c. sama objętość «dokumentu» nie może mieć znaczenia. Może on składać się z kilku części (stron) o różnej szacie redakcyjnej. Istotna jest przy tym sama relacja takiego dokumentu do umieszczonego w nim oświadczenia woli. Można mówić o tzw. dokumencie zintegrowanym, jeżeli składa się on z kilku części (stron), lecz zawiera to samo oświadczenie woli pochodzące od określonego podmiotu. Rzecz jasna, o takiej integracji nie przesądzają jeszcze elementy natury technicznej (np. sposób fizycznego połączenia części dokumentu), lecz czynnik natury merytorycznej, tj. sama treść dokumentu wyrażająca objęte nim oświadczenie woli i wskazująca na sposób powiązania poszczególnych części dokumentu jako całości. Integralny pod względem treści oświadczenia woli dokument może być podpisany wówczas jako całość i podpis na takim dokumencie (pod treścią złożonego oświadczenia woli) może oznaczać zachowanie formy pisemnej tego oświadczenia woli w rozumieniu art. 78 § 1 k.c.” (wyrok SN z dnia 20 stycznia 2012 r., I CSK 373/11, LEX nr 1129074).

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

16

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....

17