

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 kwietnia 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2015 roku przez **wykonawcę Grupę Budowlaną WCS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi**,

przy udziale wykonawcy **Drewzel G. Sk. Sp. j. z siedzibą w Zduńskiej Woli**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego – wykonawcę Grupa Budowlana WCS Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od

1

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

10 kwietnia 2015 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie na podstawie art. 180 ust. 1, art. 182 ust. 1 pkt 1 oraz art. 179 ustawy z dn. 29 stycznia 2004r Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca „Grupa Budowlana WCS” Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie zamówienia „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018 część 5 Chojny – Dąbrowa - rejon zabytkowy” prowadzi Zamawiający: Miasto Łódź — Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi. Nr ogłoszenia o zamówieniu 2015/S 009-011269. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek bankowy UZP.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty złożonej przez „Drewzel” Sp. Jawną z siedzibą w Zduńskiej Woli oraz czynności niewykluczenia i zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „Drewzel”.

Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołanie złożone zostało w terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Wnoszący odwołanie zarzuca naruszenie przez Zamawiającego:

- art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „Drewzel” ze względu na zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz pkt 5.1.2

SIWZ poprzez zaniechanie uznania za odrzuconą ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania z powodu nie wykazania przez tego wykonawcę posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia,

- art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- art. 96 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niesporządzenie pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- ponownej oceny ofert,
- wykluczenia wykonawcy „Drewzel” Sp. Jawna,
- odrzucenie oferty wykonawcy „Drewzel” Sp. Jawna,
- ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

3

Odwołujący podkreślił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w ocenie ofert, a wymienione wady postępowania Zamawiającego, które doprowadziły do uznania za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez „Drewzel” Sp. Jawną, pozbawiły wnoszącego odwołanie możliwości uzyskania zamówienia i zawarcia umowy.

W uzasadnieniu podniesiono, że Zamawiający - Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej ogłosił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018 dzieląc przedmiot zamówienia na 10 części. Przedmiotem odwołania jest zamówienie na „część 5” - Chojny - Dąbrowa - rejon zabytkowy, jednakże dla oceny stanu faktycznego w zakresie zasadności odwołania istotne jest także postępowanie dotyczące pozostałych części zamówienia (części 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10). Zamawiający w zakresie zamówienia na część 5 dokonał wyboru oferty złożonej przez „Drewzel” Sp. Jawną jako najkorzystniejszej cenowo, przy czym jedynym kryterium oceny ofert była cena. Odwołujący się zarzuca, że wybór tej oferty nastąpił z naruszeniem określonych przepisów ustawy Pzp mimo zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy „Drewzel” Sp. Jawna i odrzucenia jego oferty. Odrzucenie oferty, której współnikami są G. S. i G. S. powinno nastąpić wobec unormowania art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp ze względu na zawarcie w ofercie rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez wybranego wykonawcę w trybie określonym w art. 90 ust 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten wyjaśnił, że posiada bogaty park maszynowy wymieniając posiadane maszyny, które według jego wyjaśnień pozwalają ograniczyć pracę o 14 osób, 21 osób, 8 osób i 20 osób, co daje oszczędności w określonych kwotach na wynagrodzeniach tych osób. „Drewzel” Sp. Jawna nie udokumentował jednakże posiadania tych maszyn — np. wykazem środków trwałych, fakturami zakupu. Ponadto sumowanie liczby pracowników — w sytuacji, gdy maszyny te nie są w ciągłym użytku do wykonywania przedmiotu umowy jest całkowicie bezpodstawne. Wykonawca nie zmniejsza bowiem zatrudnienia o 63 osoby. Wobec tego, że wybrany wykonawca nie wykazał zakupu maszyn w firmach, które złożyły oświadczenia o bezpłatnym serwisowaniu maszyn zakupionych w tych firmach — tego rodzaju oszczędności nie powinny zostać uznane przez Zamawiającego. Umowa przedwstępna na wynajem terenu przy ul. Opolskiej Nr 60 w Łodzi za 100,- zł miesięcznie - bez określenia powierzchni tego terenu i oszczędności wynikające z tej umowy są całkowicie nieprawdopodobne, niezależnie od tego, że ul. Opolska jest usytuowana na przeciwnym - w stosunku do miejsca wykonywania usług — krańcu Łodzi. Przejazd codzienny przez miasto sprzętem koniecznym do wykonywania usług objętych zamówieniem nie tylko nie oszczędza kosztów, ale przeciwnie, zwiększa koszty tej obsługi. Wątpliwe są także oszczędności wynikające

4

z zatrudniania uczniów z Zespołu Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w kwocie 4.500,- zł, biorąc pod uwagę warunki i wymogi, a także koszty zatrudnienia osób niepełnoletnich w celu nauki zawodu. Należy podkreślić także, że umowa została podpisana przez osobę nieupoważnioną do reprezentowania szkoły. Kwestia braku obciążeń kredytowych, pomocy publicznej może dotyczyć także innych wykonawców. Podkreślić należy, że „Drewzel” nie przedłożyła żadnej kalkulacji kosztów, z której

wynikałaby możliwość ustalenia ceny określonej w ofercie gwarantującej prawidłowe wykonanie zamówienia. Opis zawarty w przedłożonym piśmie z dn. 19.03.2015r nie pozwala na dokonanie prawidłowej oceny zasadności wyjaśnień w sposób uzasadniający przyjęcie, że cena zawarta w ofercie nie jest rażąco niska.

Odwolujący wskazywał także, że wybrany wykonawca powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp ze względu na niewskazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.2 SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Dokumentując wiedzę i doświadczenie polegającą na wykonaniu w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości - dla części 5 nie mniejszej niż 800.000,- zł brutto, wybrany wykonawca posłużył się na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wiedzą i doświadczeniem „Drewzel” sc G. S., G. S. powiązaną osobowo, która to spółka w ramach konsorcjum z Przedsiębiorstwem Komunalnym Sp. z o.o. wykonuje usługi na rzecz Urzędu Miasta Sieradza.

Do oświadczenia o udostępnieniu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia został przedłożony List Referencyjny z dn. 16.01.2015r wystawiony przez Prezydenta Miasta Sieradza. Z treści pisma referencji nie wynika w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego — pkt 5.1.2 SIWZ. Usługi na rzecz Gminy Miasto Sieradz na podstawie umowy oznaczonej Nr WOR-Z.272.87.2013 z dn. 5.12.2013r zawartej na okres od 1.01.2014r do 31.12.2015r zawartej z konsorcjum firm — Przedsiębiorstwem Komunalnym Sp. z o.o. (Lider konsorcjum) w Sieradzu i Zakładem Usługowym „DREWZEL” s.c. (Partner konsorcjum) obejmowały nie tylko usługi odpowiadające rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia - zgodnie z definicją zawartą w punkcie 5.1.2 SIWZ. Pismo referencyjne określało wartość usług ogółem przewidzianych umową na rzecz Gminy Miasto Sieradz, obejmujących nie tylko tereny parków, zieleńców lub zieleni osiedlowej. Wartość prac przy zieleni, z utrzymaniem zimowym parków wynosi prawdopodobnie ok 560.000,00 zł, na co wskazują referencje wystawione przez Gminę Miasto Sieradz w dn. 20.11.2013r z rocznego wykonania prac związanych z utrzymaniem i pielęgnacją zieleni na terenie Miasta Sieradza przy niezmiennych stawkach wynagrodzenia w 2014r, 2015r.

5

Składający odwołanie przedłożył Zamawiającemu zarówno powyższą umowę jak i tekst referencji z dn. 20.11.2013r — przy piśmie z dn. 17.03.2015r, które powinny się znajdować w aktach postępowania.

Zamawiający nie dokonał wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy do złożenia pisma referencji, z którego wynikałaby wartość usług zgodnych rodzajowo z definicją zawartą w SIWZ, ale wezwał „Drewzel” Sp. Jawna do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczyło dokumentów dotyczących „Drewzel” sc (oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z art. 24 ust. 1 Ustawy, odpisu z właściwego rejestru ewidencji podmiotów, informacji z rejestru karnego, zaświadczeń z Urzędu Skarbowego i ZUS).

Brak wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp spowodował, że wykonawca „Drewzel” Sp. Jawna złożył wyjaśnienia własne co do „Referencji” - wystawionych na rzecz „Drewzel” s.c. członka konsorcjum. Uznanie pisma Referencji za prawidłowe na podstawie wyjaśnień oferenta jest naruszeniem art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ tekst referencji nie może pochodzić od wykonawcy składającego ofertę w przetargu.

Podstawą prawną do wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów jest art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Wyjaśnienia te nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwiązaniu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych z sobą treści dokumentów. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu, stanowią de facto - jego uzupełnienie (Wyrok KIO z 13.09.2010r KIO 1863/10).

Uzupełnienie referencji nie może pochodzić od wykonawcy. „Drewzel” Spółka Jawna nie złożył żadnych dokumentów potwierdzających swoje twierdzenia. A zatem ujęte w wykazie doświadczenia usługi nie spełniają w całości warunku doświadczenia zawodowego wymaganego przez Zamawiającego. Z wykazu tego i pisma referencji nie sposób ustalić w jakiej części w zakresie wynagrodzenia wykonane usługi odpowiadają tym

wymogom.

„Drewzel” Spółka Jawna — z własnej inicjatywy - bez wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedłożył nowe zobowiązanie — nie złożone w ofercie — wystawione przez Zakład Usług Ogrodniczych sc S. i R. P. do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, złożył nowy wykaz wykonanych usług i nie złożone wcześniej referencje dotyczące usług wykonanych przez udostępniającego wiedzę i doświadczenie — Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R. P. . Przedłożenie tych dokumentów nie stanowi uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zmiana podmiotu, który będzie związany z realizacją zamówienia stanowi w swojej istocie zmianę określonego w ofercie sposobu spełnienia świadczenia.

6

Wnoszący odwołanie podnosi, że „Drewzel” Spółka Jawna nie dysponował powyższym udostępnieniem zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia przez Zakład Usług Ogrodniczych sc S. i R. P. na datę składania ofert w przetargu na część 5 przedmiotu zamówienia. Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R. P. składali bowiem oferty jako spółka cywilna w przetargu na część 1, część 2 i część 3 zamówienia, a ponadto odrębnie wspólnicy składali oferty na część 7, część 8, część 3 i 6. Wobec naruszenia warunków SIWZ — wykonawcy ci zostali wykluczeni, a ich oferty odrzucone. Dopiero po wykluczeniu Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R. P. udostępnili „Drewzel” Sp. Jawnej swoją wiedzę i doświadczenie. Stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wnoszący odwołanie podnosi, że tego rodzaju działanie nie byłoby możliwe, gdyby Zamawiający tego nie umożliwił, co stanowi naruszenie zasady określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z SIWZ przedmiotem zamówienia w jednym postępowaniu jest „wykonanie prac ogrodniczych i porządkowych na terenach zieleni miejskiej tj. parków i zieleńców” i jako zamówienie zostało podzielone na 10 części. Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert na część zamówienia - nie więcej niż na 3 części przez jednego wykonawcę. Termin składania ofert został wyznaczony w jednej dacie tj. 19.02.2015r do godz.9.00. Jednakże rozstrzygnięcie przetargu na poszczególne części zamówienia nastąpiło w innej dacie, co umożliwiło tego rodzaju obrót referencjami.

Wnoszący odwołanie podnosi także, że przedłożone referencje z dn. 16.02.2015r. udzielone przez Zarząd Zieleni Miejskiej Zakładowi Usług Ogrodniczych s.c. S. i R. P. nie mogą być uznane za dokumentujące wymaganą przez Zamawiającego w przetargu wiedzę i doświadczenie. Zgodnie z pkt. 5.1.2 pkt 2 SIWZ w części „uwaga” wykonawca powinien wykazać usługę obejmującą wykonanie prac w przynajmniej jednym obiekcie zieleni wpisanym do rejestru zabytków. Ponadto powinna to być usługa odpowiadająca rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia (pkt 1 części „uwaga” w pkt 5.1.2 SIWZ). Z treści Referencji nie wynika, aby określone prace ogrodnicze były wykonywane w przynajmniej jednym parku wpisanym do rejestru zabytków. Ponadto wartość umów określona w referencjach dotyczy także prac innych aniżeli odpowiadających rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, a mianowicie: wycinka drzew, prace remontowe, utrzymanie czystości zbiorników wodnych, usuwanie graffiti, wymiana piasku. Wartość prac ujęta jest łącznie. Treść referencji budzi zatem wątpliwości co do spełniania wymogów wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie wartości wykonanych robót wymaganych w SIWZ, a art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp nie przewiduje ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz złożenia wyjaśnień.

7

Z powyższych względów także w tej sytuacji „Drewzel” Spółka Jawna powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a jego oferta odrzucona.

Wnoszący odwołanie zarzuca także Zamawiającemu naruszenie art. 96 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niesporządzenie pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, że z dokumentacji dotyczącej zamówienia wynika, że Zamawiający przestrzegał wymogów określonych art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp, a także art. 90 ustawy Pzp co do podejmowania czynności w zakresie wezwań do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, składania wyjaśnień, jednakże brak jest jakichkolwiek śladów w dokumentach

przetargowych, że wyjaśnienia te oceniał. Wydaje się, że Zamawiający przyjął jedynie, że wyjaśnienia te i dokumenty wpłynęły, nie analizując ich treści.

Biorąc pod uwagę przedstawione okoliczności faktyczne oraz wskazane naruszenia przepisów, odwołanie zdaniem Odwołującego winno zostać uwzględnione, a czynności Zamawiającego powtórzone.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych w wyniku wezwania Zamawiającego, wyjaśnień złożonych przez Wykonawców, materiałów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada 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 Pzp. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i uznanie jej za najkorzystniejszą, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

8

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Drewzel G. S. Sp. j. z siedzibą w Zduńskiej Woli**. Przystąpienie uznano za skuteczne.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał wnioski, zarzuty i żądania przedstawione w odwołaniu.

Zamawiający oraz Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w dniu 13 marca 2015 roku wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

W dniu 20 marca 2015 roku wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz dowody dotyczące elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym także kalkulację wykonaną na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów.

W wyjaśnieniach, w zakresie oszczędności metody wykonania zamówienia oraz wybranych rozwiązań technicznych Przystępujący wyjaśnił, że posiada bogaty park maszynowy, w tym najnowocześniejsze i bardzo wydajne maszyny do utrzymania i pielęgnacji zieleni. To zaś pozwala mu ograniczyć pracę osób i zmniejszyć zatrudnienie pracowników, co bezsprzecznie przekłada się na określone koszty w ujęciu miesięcznym. Zastosowanie nowoczesnych rozwiązań technologicznych pozwoliło na oszczędności rzędu 126 000,00 zł miesięcznie. Rozwijanie parku maszynowego oraz nowoczesne technologie pozwoliły na zwiększenie efektywności wykonywanych usług, przy jednoczesnym zminimalizowaniu kosztów ich wykonywania.

Co do wyjątkowo sprzyjających warunków oraz wykonywania zamówienia oryginalności projektu, Przystępujący zauważył, że jest profesjonalną firmą zajmującą się utrzymaniem zieleni, posiada 25 letnie doświadczenie w branży. Dysponuje szeregiem zobowiązań, uzgodnień i umów z dostawcami sprzętu i serwisami naprawczymi, które oferują bezpłatne usługi z zakresu napraw serwisowych zakupionych nowoczesnych maszyn oraz znaczne rabaty na części zamienne. Wykonawca zakwalifikował się do programu bezpłatnego korzystania z nowowprowadzanych na rynek urządzeń firm HUSQVARNA i STHIL służących do pielęgnacji zieleni. Powyższe pozwoli na oszczędności na poziomie około 15 000,00 zł miesięcznie.

Przystępujący dysponuje umową przedwstępną na dzierżawę działki na terenie Łodzi, aby ograniczyć koszty związane z transportem maszyn. Wdzierżawiona nieruchomość stanowi lokal (54 m²) oraz działkę (500 m²), przez co będzie pełnić rolę biura i miejsca przechowywania narzędzi. Wykonawcy udało się wynegocjować bardzo korzystną cenę za dzierżawę, co ma bezpośredni wpływ na zaoferowaną cenę.

9

Ponadto wykonawca posiada własną produkcję roślin ozdobnych, kwiatów i szkółkę drzew, przez co pozyskuje niższym kosztem materiał nasadzeniowy na potrzeby realizacji zadania. To pozwala na oszczędności w wysokości około 4 500,00 zł na jednorazowym obsadzeniu kwietników sezonowych i gazonów. Co więcej, wykonawca zamierza wykorzystać posiadany zapas listew drzewnych wyprodukowanych z własnego materiału zalegającego na magazynie. To zaś pozwoli zaoszczędzić około 5 000,00 zł rocznie.

W zakresie kosztów pracy, podkreślono, że wykonawca posiada wykwalifikowany personel - operatorów maszyn mających długoletnie doświadczenie. Zawarto również porozumienie o współpracy z Zespołem Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Widzewie dotyczące kształcenia wykwalifikowanych pracowników w zawodzie technik ogrodnik. Współpraca będzie polegała na odbywaniu przez uczniów szkoły praktyk zawodowych w firmie Przystępującego, a ponieważ w okresie odbywania praktyk nie przysługuje wynagrodzenie w pełnym wymiarze, pozwoli to na poczynienie oszczędności w wysokości około 4 500,00 zł miesięcznie. Jednocześnie wyjaśniono, że w wynagrodzenia pracowników zostały w kalkulowane wszelkie dodatkowe składniki wynagrodzenia, a samo to wynagrodzenie odpowiada obowiązującym przepisom prawa.

Odnosnie pomocy publicznej wskazano, że wykonawca korzysta z ulgi przysługującej firmom posiadającym status „Małego Podatnika”, zakwalifikowanej do zakresu pomocy tzw. „de minimis”. Ulga przysługująca firmie w 2015 roku wynosi 209 000,00 zł. Ponadto Przystępujący wystąpił do Powiatowego Urzędu Pracy w Zduńskiej Woli o refundację kosztów doposażenia stanowiska pracy przez zakup kosiarki bijakowej, która będzie wykorzystywana do wykonywania zamówienia. Wniosek został rozpatrzony pozytywnie i wykonawca czeka na podpisanie umowy. Co więcej Przystępujący nie jest obciążony kosztami związanymi z opłacaniem składek na Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych, ponieważ firma zatrudnia 19 osób, w tym 1 osobę z orzeczeniem o niepełnosprawności. Wykonawca nie ponosi także dodatkowych kosztów związanych z obsługą kredytów i pożyczek bankowych, ponieważ takowych nie zaciągnął.

Reasumując wykonawca wskazał, że oferta została wyceniona na podstawie realnych cen, zakłada też 5 % zysk firmy.

Także w dniu 13 marca 2015 roku, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, konkretnie warunku wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający zauważył, że zgodnie z zapisami SIWZ (pkt 5.1.2.) wykonawca w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich 3 lat (...) co najmniej jedną usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 zł.

10

Za usługę odpowiadającą rodzajowo Zamawiający uznawał wykonanie w ramach jednej umowy prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zielenie osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie poziome i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy oraz śmieci).

Przystępujący przedstawił usługę obejmującą utrzymanie zimowe dróg, zieleni i czystości na terenie miasta Sieradza. Z treści referencji wynikało, że usługa była świadczona nie tylko na terenach parków i zieleńców, ale również w pasach drogowych i na innych terenach miejskich, nie zaliczanych do parków i zieleńców, np. na przystankach komunikacji miejskiej. Nie można zatem wykluczyć, że czynności rodzajowo zgodne z przedmiotem zamówienia były również wykonywane na innych terenach niż te wskazane przez Zamawiającego. Dlatego należy obliczyć wyłącznie wartość prac zrealizowanych za

terenach parków, zieleńców i osiedli. Gdyby tak wyliczona wartość usługi była mniejsza niż wymagana warunkiem, Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do przedstawienia innej usługi o pożądanym zakresie i wartości, wraz z dokumentem potwierdzającym jej należyte wykonanie.

W odpowiedzi na to wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia w zakresie przedstawionej usługi wykonywanej na rzecz Miasta Sieradza. Wykonawca oświadczył, że w ramach umowy usługi ogrodnicze i porządkowe wykonywane na terenach parków, skwerów i zieleńcy miejskich oraz terenach zieleni osiedlowej zrealizowano na ogólną wartość 858 000,00 zł brutto. Zakres prac obejmował: prace na terenie skwerów, zieleńcy i na terenach zieleni osiedlowej w ramach zadania „Pielęgnacja i utrzymanie zieleni w ciągach komunikacyjnych na terenie miasta Sieradza” w parku osiedle Klonowe, parku im. A. Mickiewicza, parku im. W. Broniewskiego, parku Staromiejskim, terenach osiedlowych ZGM, terenie starorzeczka Żegliny; zimowe utrzymanie nawierzchni w parkach, skwerach, zieleńcach oraz terenie zieleni osiedlowej; poziome oczyszczanie nawierzchni w parkach, skwerach i zieleńcach; opróżnianie koszy. Pozostałą wartość stanowiły prace wykonywane w pasach drogowych dróg miejskich, przy przystankach komunikacyjnych, rowach odwadniających i ściekowych oraz na innych terenach miejskich nie zaliczanych do parków i zieleńców.

Dla celów zwiększenia wiarygodności swojej firmy Przystępujący dodatkowo przedstawił rozszerzony wykaz głównych usług o doświadczenie zawodowe udostępnione przez Zakład Usług Ogrodniczych S. i R. P. s.c. Udostępniony zasób odnosił się do zadania wykonywanego na rzecz Zarządu Zieleni Miejskiej w Łodzi. Usługa ta dotyczyła utrzymania terenów zieleni miejskiej, w tym: prac ogrodniczych, prac remontowych oraz prac porządkowych o łącznej wartości 1 587 506,11 zł brutto.

11

Zamawiający uznał zarówno wyjaśnienia złożone odnośnie rażąco niskiej ceny oraz wyjaśnienia w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu za wiarygodne i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Z uwag natury ogólnej zauważyć należy, Zamawiający odrzuca ofertę, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Czynność ta poprzedzona musi być wyczerpaniem przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej cenę, którą reguluje art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Ze stanowiska doktryny oraz orzecznictwa wynika, że procedura wyjaśniająca nie może być pominięta (tak wyrok ETS z 22 czerwca 1989 r., sygn. C-103/88). Jeżeli wyjaśnienia nie zostaną złożone lub z ich treści wynika, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną, ofertę należy odrzucić na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Automatyczne przyjmowanie, wyłącznie na podstawie kryterium arytmetycznego, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską, jest niedopuszczalne. Ocena, czy zaoferowana cena jest niewiarygodna, dokonywana jest w świetle złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, gdy w okolicznościach sprawy zachodziły podstawy do wszczęcia takiej procedury wyjaśniającej.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w ustawie Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). W wyroku z dnia 28 marca 2013 roku KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak KIO w wyroku z dnia 4 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1562/11).

Z kolei art. 90 ust. 1 ustawy Pzp regulujący instytucję wyjaśnień ma na celu ustalenie,

czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający korzystając z tej regulacji, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty

12

mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, kosztów pracy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. 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. Zamawiający powinien pozyskać jednoznaczne wyjaśnienia od wykonawcy i dopiero w wyniku oceny tych wyjaśnień podjąć dalsze decyzje, w tym o wyborze oferty (sygn. akt UZP/ZO/0-564/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8.04.2009 r., sygn. Akt XII Ca 59/09).

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, jednoznacznie podkreślić należy, że w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek podać Zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie Zamawiającego. Niewątpliwie przy ocenie wyjaśnień uwzględnić należy treść samego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Zauważyć jednak należy, iż wezwanie to nie musi być szczegółowo rozpisane. Zamawiający oceniając czy może mieć do czynienia z rażąco niską ceną, niejednokrotnie, formułując wezwanie, nie jest przecież w stanie przewidzieć, jakie okoliczności lub czynniki mogą wpływać na wysokość ceny oferty. Fakt wystosowania wezwania o charakterze ogólnego, jako otwartego pytania, nie zwalnia wykonawcy z obowiązku szczegółowego przedstawienia składowych ceny i opisanie czynników, które o wysokości tej ceny zadecydowały.

Zamawiający, po otrzymaniu odpowiedzi na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, powinien poddać ją bardzo wnikliwej analizie. Przede wszystkim w pierwszej kolejności powinien ustalić czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Nie każde bowiem pismo składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 Pzp i muszą pozwalać Zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie jak wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp. Nie jest zatem wystarczające nazwanie pisma „wyjaśnieniami” czy powołanie się w jego treści na art. 90 ust. 1 Pzp. Dla uzasadnienia takiego twierdzenia

13

można przywołać orzeczenie KIO z dnia 12 października 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1415/09) oraz orzeczenie KIO z dnia 17 marca 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 262/09). W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, metod wpływających na obniżenie czasu pracy czynnika ludzkiego, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia, proponowanego sposobu wykonywania zamówienia oraz realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, że Przystępujący w wyjaśnieniach przedstawił dość szczegółowe stwierdzenia i wyliczenia. Jednocześnie zauważyć należy, że nie były to tylko własne deklaracje (oświadczenia wykonawcy), nie poparte żadnymi dowodami ale do wyjaśnień załączono przede wszystkim szczegółową kalkulację (której przyjętych założeń de facto Odwołujący nie zdołał skutecznie zakwestionować i podważyć) oraz inne dokumenty potwierdzające, że przyjęte założenia co

do oszczędności metod wykonywania przedmiotu zamówienia są prawidłowe.

Zastrzec od razu należy, że do wyjaśnień nie muszą być złożone „materiałne” dowody, czy też jakiegokolwiek wyliczenia ale w przypadku, jeśli wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne, dostępne wyłącznie tylko temu wykonawcy uwarunkowania, uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny, należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów ustawy Pzp, w ogóle nie zostały złożone. Wykonawca bowiem w udzielanych wyjaśnieniach powinien udowodnić 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. Z założeń przyjętych przez Przystępującego wynika, że wykonywanie zadania zakłada osiągnięcie 5 % zysku w trakcie realizacji zamówienia, co potwierdzają wyliczenia zawarte w kalkulacji. W ocenie więc składu orzekającego Izby okoliczności obiektywne wpływające na wysokość ceny oferty w swoich wyjaśnieniach wykonawca Przystępujący przedstawił, natomiast czynniki te nie zostały skutecznie zanegowane przez Odwołującego. Za prawidłowością złożonych wyjaśnień przemawiała również okoliczność, że dotyczą one kosztów tego konkretnego postępowania, szczegółowo odnoszą się do wszystkich czynników kosztotwórczych, które powinny być uwzględnione w prawidłowo sporządzonej kalkulacji. Wykonawca odrębnie dla poszczególnych pozycji przedmiarowych wynikających i ujętych w SIWZ rozpiął koszty. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący oszacował pracochłonność, podał konkretne stawki, uwzględnił niezbędne ryzyko przy realizacji przedmiotu zamówienia, uwzględnił także inne elementy cenotwórcze, do których nie odnosiło się odwołanie. Odwołującemu tymczasem nie udało się skutecznie

14

zanegować żadnej z podanych okoliczności, które w ocenie Przystępującego mogły przełożyć się na cenę jego oferty. Myli się Odwołujący konstatując na rozprawie, że nie jest zobowiązany do przeprowadzania dowodów przeciwnych, iż wynikające ze złożonych wyjaśnień i że ciężar udowodnienia, że w postępowaniu nie wystąpiła cena rażąco niska spoczywa jedynie na stronie Zamawiającej i Przystępującym. To Odwołujący zanegował treść złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyjaśnień, wskazując, że przyjęte tam założenia są nierealne. Wobec powyższego, w ocenie składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie, ową nierealność założeń Odwołujący winien wykazać. Zgodzić należy się z Odwołującym, że przeprowadzenie takiego dowodu jest w wielu sytuacjach trudne, mogą zdarzyć się też takie sytuacje, kiedy kontrdowód będzie po prostu niemożliwy do przeprowadzenia. Dostrzeżenia jednak wymaga, że w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie podjął jakiegokolwiek próby dowodowej. Przedstawił jedynie w odwołaniu szereg twierdzeń przeciwnych do twierdzeń ze złożonych wyjaśnień. Nic prostszego dla profesjonalisty w danej branży, niż wykazać, że nie jest możliwe osiągnięcie oszczędności na poziomie kwoty około 4 500,00 zł za jednorazowe obsadzenie kwietników, w okolicznościach posiadania własnej produkcji roślin ozdobnych i kwiatów. Odwołujący ma zapewne wiedzę ile wynosi koszt wyprodukowania określonych sadzonek i czy można rzeczywiście osiągnąć na tym polu oszczędności i to w pewnej określonej wysokości. Co więcej, jeżeli Odwołujący uważał, że porozumienie o współpracy z Zespołem Szkół Centrum Kształcenia Rolniczego w Widzewie podpisała nieuprawniona osoba, co oznacza, że Przystępujący nie może powoływać się na oszczędności w zakresie czynnika ludzkiego polegające na korzystaniu przy wykonywaniu zamówienia z uczniów odbywających praktyki, nic nie stało na przeszkodzie, aby z danej jednostki dydaktycznej postarać się o stosowne oświadczenia dowodzące nieprawdziwości twierdzeń Przystępującego. Nie zakwestionowano także skutecznie złożonych przez Przystępującego oświadczeń o możliwości korzystania z bezpłatnych usług w zakresie napraw serwisowych i zakwalifikowaniu się Przystępującego do programu bezpłatnego korzystania i testowania maszyn i urządzeń firm HUSQVARNA i STIHL. Z pewnością istnieje możliwość weryfikacji, czy program taki w ogóle istnieje i czy Przystępujący z zasad tego programu korzysta. Odwołujący w także w tym zakresie nie poczynił żadnych starań, które mogłyby co najmniej podać w wątpliwość oświadczenia Przystępującego. Tymczasem Izba takich wątpliwości lub też sprzeczności w oświadczeniach wybranego wykonawcy się nie dopatrzyła. Tym bardziej, że Przystępujący w wyjaśnieniach, a także na rozprawie przedstawił dowody, które potwierdzać miały jego oświadczenia.

W ocenie Izby złożone przez Przystępującego wyjaśnienia mają charakter kompleksowy i rzeczowy. Przystępujący udowodnił Zamawiającemu, że zaoferowana przez

zauważyć należy, że Przystępujący, zgodnie z obowiązującymi przepisami, sprostął ciężarowi dowodowemu także w postępowaniu odwoławczym. Zdaniem składu orzekającego Izby, złożone Zamawiającemu wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i wyczerpujące, że nie zachodziła konieczność dodatkowego dowodzenia przed Izbą w postępowaniu odwoławczym i składania dodatkowych dokumentów, a w tym zakresie wystarczające okazało się odwołanie do treści złożonych wyjaśnień. Dostrzeżenia jednocześnie wymaga, że Przystępujący gotowy był do dalszego dowodzenia prawidłowości poczynionych założeń, przedstawił dodatkowe dokumenty w zakresie możliwości korzystania z określonych maszyn i urządzeń, które to okoliczności przełożyły się na cenę oferty.

Zdaniem składu orzekającego Przystępujący pokazał w jakim stopniu wymienione przez niego w wyjaśnieniach czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny. Z tych powodów właśnie, w ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone wyjaśnienia jako wystarczające. Izba stwierdza, że Zamawiający należycie dokonał oceny wyjaśnień przyjmując, że wezwany Wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wezwany Wykonawca uczynił zadość obowiązkowi spoczywającemu na podmiocie zobowiązanym do złożenia wyjaśnień. Jednocześnie więc nie potwierdziły się twierdzenia Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu.

Na uwzględnienie nie zasługiwały również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz pkt 5.1.2 SIWZ oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

W ocenie składu orzekającego Izby Przystępujący prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, czego dowodzą złożone na wezwanie Zamawiającego wyjaśnienia odnośnie pozycji wykazu usług, tj. usługi zrealizowanej na rzecz Miasta Sieradza. Wykonawca wyczerpująco opisał na czym polegały czynności wykonywane w ramach umowy zawartej z Miastem Sieradz, które z tych prac należy uznać za tożsame rodzajowo z przedmiotem zamówienia. Szczegółowo określił również kwotę, którą za wykonanie powyższych usług zapłacił Zamawiający, a która to kwota wystarczająca była do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Wyjaśnienia te nie stoją w sprzeczności z informacjami wynikającymi z oferty i załączonymi przez Przystępującego referencjami. Nawet jeżeli na podstawie uzyskanych przez Odwołującego informacji, wartość prac przy zieleni, z utrzymaniem zimowym parków na podstawie wcześniej wykonywanej umowy wynosiła prawdopodobnie ok 560.000,00 zł, na co wskazywać miały referencje wystawione przez Gminę Miasto Sieradz w dn. 20.11.2013r. z rocznego wykonania prac, to dostrzeżenia wymaga, że są to dokumenty i wartości nie odnoszące się do referencji przedstawionych w przedmiotowym postępowaniu. Dlatego też

pozycja nr 1 z wykazu usług pt. Utrzymanie zimowe dróg, zieleni i czystości na terenie miasta Sieradza w adekwatny sposób potwierdziła spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia. Podpisanie wyjaśnień odnośnie przedłożonych referencji przez wykonawcę, a nie ich wystawcę, tj. konkretnego Zamawiającego (lub podmiot udostępniający zasoby), w ocenie Izby nie stanowi błędu, nie czyni też takich wyjaśnień mniej wiarygodnymi.

Bez znaczenia zatem dla sytuacji prawnej Przystępującego w postępowaniu pozostawały załączone dodatkowo do złożonych w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp referencje odnoszące się do zadania pt. Bieżące utrzymanie terenów zieleni miejskiej w Łodzi. Pozycja ta nie decydowała o potwierdzeniu spełniania warunku, była w pewnym sensie uwiarygodnieniem wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Tym niemniej zauważyć należy, iż także to zadanie w pełni potwierdzałoby samodzielnie spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez danego wykonawcę. Zupełnie nieuzasadnione są tutaj rozważania Odwołującego, że naruszone zostały przez Zamawiającego wskazywane w petitum odwołania regulacje ustawy Pzp, ponieważ uzupełnienie oferty Przystępującego w takim kształcie możliwe stało się po wykluczeniu innego wykonawcy z pozostałych części zamówienia. Przede wszystkim zauważyć należy, iż zgodnie z utrwalonym stanowiskiem

doktryny i orzecznictwa, wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty, może powołać się na „nowe” dokumenty, dotyczące innego niż pierwotnie wskazywane w jego ofercie doświadczenie. Dopuszczalne jest także przedstawienie nowego wykazu, zawierającego inne niż pierwotny wykaz zadania wskazujące na spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Możliwe jest także takie prowadzenie przez Zamawiającego postępowania podzielonego na części, że rozstrzyganie w poszczególnych zadaniach w ramach jednego postępowania nie następuje jednocześnie. Każdą bowiem część większego postępowania można taktować jako odrębne postępowanie. Jeżeli nawet to działania Zamawiającego umożliwiły danemu wykonawcy skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego, który został wykluczony w ramach innych części zamówienia, to Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które wskazywałyby, że powoływanie się w ramach art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez Przystępującego na zasoby innego podmiotu jest nierealne, niewiarygodne, nie istniało w momencie pierwotnego terminu składania ofert, a tym samym jest pozornym działaniem wykonawcy, czynionym jedynie na potrzebę chwili celem wykazania spełnienia warunku udziału na wezwaniu Zamawiającego.

Ponadto, nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie dokonał wezwania w tym trybie wykonawcy do złożenia pisma referencji, z którego wynikałaby wartość usług zgodnych rodzajowo z definicją zawartą w SIWZ, ale wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp odnośnie dokumentów już znajdujących się w ofercie. W skierowanym do

17

Przystępującego wezwaniu Zamawiający szczegółowo rozpiął swoje wątpliwości odnośnie pozycji wykazu usług z oferty. Wskazał również, że w przypadku, gdy prawidłowo obliczona wartość usług będzie mniejsza od wymaganej zapisami SIWZ, wykonawca zobowiązany jest do przedstawienia innej usługi o pożądanym zakresie i wartości oraz dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zadania. Przystępujący niejako z ostrożności do złożonych wyjaśnień przedstawił także dodatkową, nową pozycję w wykazie. Działania takie nie naruszają w ocenie Izby zapisów ustawy Pzp. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w tym trybie nie mogą być przedkładane dokumenty wcześniej nie złożone. Warunkiem granicznym takiego działania jest niezmiennosc treści pierwotnej oferty, natomiast przedstawione przez Przystępującego dokumenty nie wpływały na treść jego oferty i nie stanowiły jej zmiany.

Końcowo, za Zamawiającym i Przystępującym, odnosząc się do sformułowanych w odwołaniu zarzutów, jakoby referencje winny potwierdzać coś więcej, niż należyte wykonanie usług, to zważyć należy, że taki jest podstawowy cel wymienionych dokumentów określony przez ustawodawcę. Nie jest zatem właściwe prezentowanie stanowiska, zgodnie z którym referencje winny zawierać elementy odnoszące się do brzmienia warunku i konkretnego postępowania. Referencje nie muszą powielać, czy też potwierdzać informacji wynikających z wykazu usług o zakresie zadania. Zgodnie z bogatym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2867/12), referencje są dokumentami o charakterze abstrakcyjnym, nie powstają na potrzeby konkretnego postępowania, mają jedynie uzupełniać wykaz usług lub dostaw o element potwierdzenia należytego ich wykonania. Taką właśnie rolę temu dokumentowi przypisał ustawodawca. Nie dyskwalifikuje zatem referencji brak szczegółowego odniesienia się do ustalonego w konkretnym postępowaniu warunku udziału.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 96 ust. 1 ustawy Pzp. W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odwołanie nie zawiera żadnego uzasadnienia merytorycznego, na czym owo naruszenie przez Zamawiającego danego przepisu miałoby polegać. Trudno zatem domniemywać jaki czyn nieuczciwej konkurencji został w ocenie Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu popełniony. W przypadku art. 96 ust. 1 ustawy Pzp odnoszącego się do obowiązku sporządzenia pisemnego protokołu z postępowania, to dostrzeżenia wymaga, iż taki protokół znajduje się aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nadesłanych przez Zamawiającego. Protokół ten zawiera wypełnione wszystkie rubryki i informacje określone przepisami wykonawczymi do ustawy Pzp, które to zapisy odzwierciedlać mają wszystkie wykonywane w postępowaniu czynności Zamawiającego.

18

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający swoim zachowaniem, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie uchybił podstawowym zasadom ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: