

WYROK
z dnia 17 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2013 r. i 16 stycznia 2014 r.,
w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu
20 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

AVR Sp. z o.o. ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz

AVR S.p.A. via Francesco Tensi 116, 00133 Rzym, Włochy

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Bytom – Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej

ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W..... S.....**

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania

Miasta W..... S..... ul. Spółdzielcza 1/1, 42-274 Konopiska, Zakład Robót

Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k. ul. Sikorskiego 5a, 41-922 Radzionków, B.....

S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B.....

S..... i W..... S..... ul. Spółdzielcza 1/1, 42-274 Konopiska, B.....

K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług

Komunalnych B..... K..... ul. Wolności 28A, 42-500 Będzin, H.....

K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług

H..... K..... Komunalnych

1

ul. Wolności 28A, 42-500 Będzin zgłaszających przystąpienie do postępowania
odwoławczego po stronie zamawiającego

B. wykonawcy **J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod**

nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... ul.

Łokietka 4, 41-933 Bytom zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego

po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. i:

2.1. 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 AVR Sp.

z o.o. oraz AVR S.p.A. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. na rzecz Gminy Bytom –

Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej kwotę 3 600 zł 00 gr

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień
publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby
Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2253/13

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Bytom – Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „realizację pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 lipca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 139-241927. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, z uwagi na wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy przedło one przez wykonawcę J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w części zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, budziły wątpliwości zamawiającego co do wystąpienia przesłanek do ich utajnienia,
2. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty zmierzający do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tej ustawy,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na nieodrzućenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca

3

działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... (zwanych dalej tak e „konsorcjum”) jako niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych wskutek niezachowania właściwej jej formy (pisemnej pod rygorem nieważności),

4. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.....

W..... wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zaoferowana cena posiada charakter raczej niskiej oraz „z ostrożności procesowej”:

5. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie realizacji usługi konserwacji placów zabaw,

6. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Waldemar Strach prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K.....

prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B.....
K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład
Usług Komunalnych H..... K..... do uzupełnienia dokumentów potwierdzających
spełnianie warunków udziału
w postępowaniu, 7. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych
poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie
zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą
Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych
Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S.....
i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład
Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i
W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą
Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca
działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... z

4

postępowania, z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, a następnie
zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców jako wykonawcy wykluczonego z
postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty J..... W..... prowadzącego
działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych
J..... W.....,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. odtajnienia wyjaśnień złożonych przez J..... Wi..... prowadzącego działalność
gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J.....
W..... w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia elementów mających
wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
4. odrzucenia oferty J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod
nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W.....
5. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:
W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład
Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o.
Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod
nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B.....
S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą
pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K.....
prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H.....
K.....,
6. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zaoferowana przez J..... W..... cena ma
charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa znaczną część wyjaśnień
dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający
poprzez zaniechanie wyjaśnienia tej kwestii przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej
oferty doprowadził do znacznego pogorszenia sytuacji pozostałych wykonawców w zakresie
kontroli prawidłowości decyzji podejmowanych przez zamawiającego, a także w odniesieniu
do przysługujących im środków ochrony prawnej.

Zdaniem odwołującego J..... W..... zastrzegł szereg wiadomości, którym nie można
przydać przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem są one dostępne do uzyskania w sposób
w pełni legalny, z ogólnie dostępnych źródeł (np. informacje o realizowanych przez Urzędy
Pracy projektach aktywizacji osób bezrobotnych, czy te porównania ofert złożonych

5

w przedmiotowym postępowaniu, skoro są one jawne od momentu ich otwarcia). Oznacza
to, że zamawiający nie dokonał oceny zasadności utajnienia tych informacji, ograniczając się
do przyjęcia do wiadomości stanowiska wykonawcy.

Ponadto wskazane w wyjaśnieniach elementy nie mogą mieć tak znaczącego wpływu na wysokość zaofertowanej ceny, jak przedstawia Jacek Wieczorek.

Kalkulując cenę oferty wykonawca powinien uwzględnić postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cena oferty powinna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w tym m.in. wszystkie ryzyka, koszty materiałów, pracy sprzętu i urządzeń, koszty wynagrodzenia pracowników itp. Jakość i sposób wykonania i odbioru prac dla ka dej z usług został opisany w załączniku nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił się do Jacka Wieczorka o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaofertowanej ceny. Wynikało to z faktu, i opiewała ona na kwotę 13.797.428,01 złotych brutto, podczas gdy kolejna oferta na kwotę 17.916.576,35 zł, zaś oferta odwołującego na kwotę 20.913.615,47 złotych brutto. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 23,6 mln złotych brutto.

Zamawiający za ądał, aby wykonawca wyjaśnił, czy w cenie oferty uwzględnił wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie zimowego utrzymania miasta, w tym: materiałów i pracy sprzętu, związane z wynagrodzeniem pracowników i inne koszty związane z zatrudnieniem, związane z ustawieniem skrzyń na piasek i wypełnienie ich i uzupełnianie mieszaniną środków chemicznych i niechemicznych, związane z osiągnięciem wymaganych standardów zimowego utrzymania określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, związane z organizacją ruchu na drogach podczas wykonywania prac. Zamawiający za ądał również wyjaśnień, jakie czynniki miały decydujący wpływ na kalkulację ceny na poziomie wskazanym w ofercie w odniesieniu do: pielęgnacji krzewów, oprysków chemicznych, ścinania i prześwietlania oraz usuwania drzew, utrzymania placów zabaw (mając w szczególności zapisy dot. codziennych przeglądów ka dego z obiektów oraz codziennym ich oczyszczaniem), utrzymania ławek obejmującego malowanie, wymianę desek i szczebli, mycie ławek zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał zło enia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących powodów „zaofertowania tak niskiej ceny i przekonania go, i oferta nie zawiera ra ąco niskiej ceny, a tym samym, e realne jest wykonanie przedmiotu zamówienia za podaną cenę”. Zamawiający zwrócił się również o wyjaśnienie, czy wykonawca uwzględnił zysk.

6

J..... W..... przesłał ww. wyjaśnienia, jednak zastrzegł je w przeważającej większości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W oparciu o informacje nieujawnione mo na stwierdzić, e zaofertowana cena ma charakter ra ąco niskiej.

Wykonawca wskazuje na mo liwość obniżenia ceny przez wskazanie elementów wyposażenia zakładu i kompetencji pracowników. Jednak wymóg posiadania magazynu soli dotyczył ka dego wykonawcy. Oferta na dostawę soli dla J..... W..... nie kształtuje się w sposób niezwykle korzystny. Równie faktu uzyskania certyfikatu ISO nie sposób uznać za element pozwalający na tak znaczne obniżenie ceny, przeciwnie – przestrzeganie zasad nakładanych przez tego typu procedury prowadzi do wzrostu kosztów działalności. Wszyscy wykonawcy dysponują kompetentnymi pracownikami.

J..... W..... przedstawia umowę z urzędem pracy dotyczącą skierowania na sta osób bezrobotnych, która wygasa w październiku 2013 r. dla 20 osób, nie wynika więc z tego adna nadzwyczajna korzyść. Nie jest znana liczba faktycznie pracujących (pozostałych) sta ystów. Z umowy tej również wynika zobowiązanie do zatrudnienia niektórych z tych osób na umowę o pracę na okres co najmniej 3 miesięcy. Nie wiadomo, czy kolejny wniosek zostanie przez urząd pracy rozpoznany pozytywnie.

Na podstawie wyjaśnień i porównania cen dla kluczowych elementów oferty mo na stwierdzić, e nie jest realne wykonanie niektórych usług oraz e ceny niektórych elementów są nierealne i wymagają np. nadzwyczaj korzystnych warunków pogodowych, tj. braku opadów śniegu w sezonie zimowym. J..... W..... popełnił ra ące błędy w metodologii obliczenia ceny i musiał przyjąć zupełnie nierzeczywiste założenia. Zdaniem odwołującego wykonanie przedmiotu zamówienia w zaofertowanej cenie nie jest realne. Największym czynnikiem kosztotwórczym jest realizacja przedsięwzięć związanych z zimowym utrzymaniem miasta. Na podstawie informacji prasowych mo na stwierdzić, e

na odsnie anie (kompleksowe utrzymanie zimowe) miasto Bytom wydaje ok. 5,5 mln złotych na jeden sezon zimowy. Zasadność tej kwoty wynika równie z analizy danych miasta Bytom, według których koszt zimowego utrzymania dróg od 1 listopada 2012 r. do 31 grudnia 2012 r., wyniósł 1.223.500 zł. Orientacyjny koszt utrzymania pasa drogowego od 1 do 13 stycznia 2013 r. wyniósł 350.000 zł. Koszt utrzymania terenów poza ulicami w tym okresie wyniósł 26.355,34 zł. Zatem koszt utrzymania zimowego w Bytomiu za jeden sezon wynosi między 4 a 5 mln złotych. Natomiast cena zaoferowana przez J..... W..... za dwa pełne sezony utrzymania zimowego wyniosła 5.981490,81 zł brutto. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w ramach pielęgnacji krzewów konieczne jest wykonanie następujących prac: cięcie formujące krzewów ywopłotowych, krzewów pielęgnacyjnych, odchwaszczanie powierzchni gruntu pod krzewami, nawo enie wiosenne, uzupełnianie na bie ąco warstwy kory (ściółki) pod krzewami, podlewanie krzewów w niekorzystnych warunkach atmosferycznych. Wartość tej pozycji w ofercie odwołującego

7

wyniosła 361.770,15 zł brutto, drugi z wykonawców wycenił te prace na 463.001,00 zł brutto, a oferta J..... W..... wyniosła 142.400,3 zł brutto.

Zdaniem odwołującego nie ma mo liwości wykonania tych wszystkich prac za cenę zaoferowaną przez J..... W....., w związku z tym, i nie istnieją rozwiązania techniczne, które umo liwiałyby tak znaczne obni enie kosztów. Trudno sobie wyobrazić tak znaczną ró nicę w poziomie wynagrodzeń pracowników u ró nych wykonawców, a tak e w cenach niezbędnych do zakupu materiałów. Podobnie w odniesieniu do oprysków chemicznych. Wycena tej pozycji wyniosła odpowiednio 42.630,36 zł u odwołującego, 20.330,00 zł u drugiego wykonawcy oraz 6.622,80 zł u J..... Wi..... Taka wartość musi budzić uzasadnione podejrzenie co do dokonania właściwej wyceny, przede wszystkim z uwagi na koszt samych środków chemicznych.

Zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia średnie miesięczne koszty utrzymania placu zabaw w Bytomiu wynosiły ok. 2000 zł/miesiąc za jeden plac. Dodatkowy koszt wykonania przeglądu z dopuszczeniem do eksploatacji to ok. 150 zł za przegląd jednego placu. Natomiast cena zaoferowana przez J..... W..... w przeliczeniu na jeden plac to 60-900 zł/miesiąc za jeden plac, tj. średnio miesięcznie ok. 296,40 zł za plac. W ramach czynności porządkowych zamawiający wymagał wykonania szeregu czynności, które wymagają zaangażowania kilku osób, w tym konserwatora posiadającego odpowiednie kwalifikacje oraz poniesienia nakładów materialnych na utrzymanie placów zabaw w wymaganym przez zamawiającego standardzie. Metody wykonania zamówienia i stosowane rozwiązania technologiczne mają charakter standardowy, niemal identyczny w przypadku wszystkich podmiotów ubiegających się o realizację zamówienia.

Skoro zawarcie umowy o sta bezrobotnych jest zdarzeniem niepewnym, zaś zawarte umowy wygasną przed faktycznym przystąpieniem do realizacji zamówienia, brak jest podstaw do twierdzenia, e J..... W..... udzielona została pomoc publiczna, która będzie miała wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Nie zachodzą również adne wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, które mogłyby zostać uznane za obiektywny czynnik powodujący obni enie zaoferowanej ceny.

Biorąc pod uwagę obmiarowy charakter wynagrodzenia, wykonawcy zostanie wypłacona kwota jedynie za faktycznie zrealizowane usługi. Nie mo na zatem uwzględnić sytuacji, e pewna część wynagrodzenia, z uwagi na wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji przedmiotu umowy, zostanie wypłacona pomimo braku konieczności realizacji któregoś z elementów usługi. Ponadto zaoferowane ceny we wszystkich elementach składowych są zani one w porównaniu do ofert pozostałych wykonawców i obowiązujących cen rynkowych, stąd odwołujący nie ma wątpliwości, i nie będzie mo liwe refinansowanie kosztów wykonania jednych składowych usługi środkami pochodzącymi z zysku osiągniętego na

8

realizacji innych pozycji tego kontraktu, w odniesieniu bowiem do całości ceny oferty nale y stwierdzić, i ma ona charakter ra ąco niskiej.

Zamawiający zaniechał wykluczenia J..... W..... z postępowania pomimo zło enia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania

dotyczących realizacji usługi remontu i bieżącej konserwacji placu zabaw w ramach zadania „Zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32, przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie”, wskazanego w wykazie wykonanych usług. Z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, iż zakres prac nie obejmował remontu ani bieżącej konserwacji placu zabaw.

Zamawiający co najmniej zaniechał wezwania J..... W..... do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu remontu i bieżącej konserwacji placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60 000 zł brutto.

Z załączonego do oferty „Wykazu głównych usług”, następnie uzupełnianego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wynika, iż podmiot ten zrealizował:

1. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 15.187,78 zł w ramach zadania „Utrzymanie parków i zieleńców oraz zieleni przyulicznej w mieście Ruda Śląska w dzielnicy Ruda”,
2. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 11.986,40 zł w ramach zadania „Konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze. Zadanie nr 1: Konserwacja terenów zieleni miejskiej oraz zimowe utrzymanie chodników w Zabrze w dz. Helenka, dz. Rokitnica, dz. Grzybowice, dz. Mikulczyce, dz. Biskupice, DK-4”,
3. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 18.034,36 zł w ramach zadania „Konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze. Zadanie nr 2: Konserwacja terenów zieleni miejskiej oraz zimowe utrzymanie chodników w Zabrze w dz. Śródmieście, dz. Maciejów, Park Hutniczy, os. Kopernika, os. M. Skłodowskiej-Curie, os. W. Tatarkiewiczza”,
4. remont placu zabaw o wartości 89.726,04 zł w ramach zadania „Zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32, przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie”,
5. remont placu zabaw o wartości 3.600,00 zł w ramach zadania „Usunięcie i przeniesienie urządzeń małej architektury”,
6. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 26.931,00 zł w ramach zadania „Realizacja pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia”.

Nie wszystkie z ww. zadań odpowiadają zakresowi warunków.

Z referencji wystawionych 11 czerwca 2012 r. przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska wynika, iż J..... W..... od 1 maja 2010 r. do 30 kwietnia 2012 r. realizował „usługi w zakresie utrzymania parków i zieleńców, miejskich terenów zieleni oraz zieleni

przyulicznej...”,

a zakres tych usług obejmował „utrzymanie terenów zieleni o powierzchni 415.707 m kw, w tym: utrzymanie parków i zieleńców 131.728 m kw, utrzymanie miejskich terenów zielonych 105.564 m kw, utrzymanie zieleni przyulicznej 178.415 m kw (w tym 124.831 m kw Drogowa Trasa Średnicowa)”. Możliwe jest, że wykonawca wykonał usługi polegające na utrzymywaniu terenów zielonych, a nie placów zabaw. Fakt należytego wykonania ich bieżącej konserwacji i remontów nie został w dokumencie referencji w adekwatny sposób potwierdzony.

Z referencji z 29 listopada 2012 r. wydanych przez Wydział Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Chorzowa wynika, iż J..... W..... w ramach zadania „Zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32, przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie” wykonał w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył następujący zakres rzeczowy: roboty przygotowawcze polegające na demontażu i utylizacji starych ławek, konstrukcji do gry w kosza, demontażu stołów do gry w ping-ponga, rozebraniu nawierzchni asfaltowej, nawierzchni z kostki betonowej, bieżni do skoku w dal; wykonanie odwodnienia wraz z jego regulacją; wykonanie nawierzchni z bruku klinkierowego na pow. 607 m kw; budowa donic z cegły klinkierowej na pow. 116,5 m kw; wykonanie nawierzchni syntetycznej na pow. 278 m kw; zagospodarowanie terenu zielenią tj. wykonanie trawnika z gotowej darni na pow. 128,5 m kw, sadzenie drzew iglastych i liściastych; sadzenie krzewów iglastych, liściastych, wrzosowych i ywopłotowych; dostawa i montaż urządzeń zręcznościowych i sportowych.

Zdaniem odwołującego referencje te wskazują, że przedmiotem inwestycji były prace budowlane polegające na budowie nowego obiektu budowlanego (budowli) w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, a nie remont. Poza tym jest to budowa typowego

obiektu sportowego, nie placu zabaw.

Co do zadania wymienionego w punkcie 5., jego zakres, ujawniony w referencjach z 21 kwietnia 2011 r. wystawionych przez Wydział Infrastruktury Urzędu Miejskiego w Zabrzu również nie wskazuje, aby prace te dotyczyły remontu lub bieżącej konserwacji placów zabaw. Są to prace rozbiórkowe wraz z montażem niektórych pozyskanych tą drogą elementów na innych obiektach. Tego rodzaju rozbiórka i montaż nie mieszczą się w definicji remontu, bowiem prace remontowe wykonywane są na istniejącym obiekcie i polegają na odtwarzaniu stanu pierwotnego, a nie przenoszeniu elementów budowli (placu zabaw) i montowaniu ich w innym miejscu.

Zatem zamawiający zobligowany był przynajmniej do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego w tym zakresie zaniechał.

10

Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W.....
S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i Wa..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z art. 82 ust. 2 tej ustawy, tj. z powodu niezachowania formy, w jakiej oferta powinna zostać złożona, a więc pisemnej pod rygorem nieważności. Ustanowiony przez członków konsorcjum pełnomocnik nie podpisał złożonej oferty – w miejscu na podpis upoważnionego przedstawiciela wykonawcy umieszczona została wyłącznie pieczęć „Właściciel W..... S.....”.

Zamawiający w rozdziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowywania ofert” wyraźnie wskazuje: „Oferta, wszystkie oświadczenia i załączniki winny być podpisane i opieczątowane przez Wykonawcę. Oznacza to, że muszą być podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, określoną we właściwym rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla formy organizacyjnej Wykonawcy...”

Pełnomocnik konsorcjum wprawdzie parafował wszystkie strony formularza, ale nie złożył podpisu pod zasadniczą częścią formularza ofertowego, zawierającą oświadczenie woli w zakresie zaproponowanej ceny (będącej podsumowaniem całości złożonej oferty). W świetle art. 78 § 1 k.c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że odcisk pieczęci imiennej nie jest desygnatem pojęcia własnoręcznego podpisu. Skoro więc zamawiający wymagał zachowania formy pisemnej oferty, a wymóg ten koresponduje z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to niezachowanie tego wymogu, aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu pod dokumentem obejmującym jego treść.

W przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z brakiem zachowania właściwej formy złożonego oświadczenia woli z uwagi na brak własnoręcznego podpisu pełnomocnika konsorcjum. Nie mogą tego faktu zmienić ani parafowanie stron zawierających formularz cenowy, z uwagi na podstawową funkcję parafy (odmienną od podpisu), tj. potwierdzenia, że

11

osoba, która zamierza złożyć oświadczenie woli o określonej treści, zna i akceptuje tę treść (przed jego złożeniem, czyli złożeniem stosownego podpisu), ani okoliczność, że w miejscu przeznaczonym do złożenia podpisu przez przedstawiciela wykonawcy wbita została pieczęć imienna pełnomocnika konsorcjum. Brak podpisu pełnomocnika konsorcjum pod złożoną ofertą spowodował również brak akceptacji postanowień umownych.

Zamawiający skierował do konsorcjum wezwanie do uzupełnienia dokumentów

e potwierdzających

spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdzających, konsorcjum będzie dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w postaci pisemnych zobowiązań podmiotów, na potencjał których konsorcjum się powołuje, do oddania konsorcjum do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W odpowiedzi konsorcjum zło ło m.in. dokumenty zatytułowane „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów/osoby zdolnej do wykonania zamówienia”, w których, kolejno, W..... R..... zobowiązuje się do oddania konsorcjum zasobu w postaci: „Uprawnienia SEP kat. E do 1 kW – świadectwo kwalifikacyjne nr E/3400/210/11 wa ne do 24.11.2016 r.” L..... N.....: „Uprawnienia SEP kat. E do 1 kW – świadectwo kwalifikacyjne nr 610”, a S..... S.....: „Zaświadczenie nr 1051/2012 o

ukończeniu szkolenia w zakresie wykonywania niektórych czynności związanych z kierowaniem ruchem drogowym wydanym przez WORD w Katowicach – wa ne do 10.08.2017 r., Zaświadczenie stwierdzające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych

w budownictwie o specjalności instalacyjno-in ynieryjnej w zakresie sieci sanitarnych z ograniczeniem do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych z dnia 19.11.1993 r., zaświadczenie – członek Śląskiej Okręgowej Izby In ynierów z dnia 18.12.2012r.” Z powy szych dokumentów wynika, i przedmiotem udostępnianego konsorcjum potencjału są świadectwa kwalifikacyjne i zaświadczenia. Taki zakres zobowiązania podmiotu trzeciego nie znajduje oparcia w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, i wykonawca mo e polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Dyspozycją tego przepisu nie są więc objęte uprawnienia i kwalifikacje, które mają charakter osobisty i nierozdzielnie związane są z konkretną osobą.

Dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców powołujących się na potencjał podmiotów trzecich zamawiający powinien doło yć szczególnej staranności w ocenie realności takiego zobowiązania, jego treści i formy. Musi z niego w sposób jednoznaczny wynikać, kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

12

J..... W....., jak i konsorcjum, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, korzystają z potencjału podmiotów trzecich, przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązania tych e podmiotów. Przedkładając zamawiającemu tego typu zobowiązania, wykonawcy ci powinni byli udowodnić, e składający takie oświadczenie w imieniu podmiotu trzeciego mają prawo do jego reprezentacji. Nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną, jak te dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał. To na zamawiającym spoczywa obowiązek weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany on jest do wykorzystania wszelkich prawem dopuszczalnych środków, w szczególności instytucji uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu uzyskania pełnej wiedzy w tym zakresie. Zamawiający w aden sposób nie zweryfikował tego, czy zobowiązania podmiotów trzecich przedstawiane przez obu wykonawców zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji tych podmiotów (w szczególności mo na tu wskazać takie podmioty trzecie jak: PBI Spółka Jawna S..... B..... T..... R....., Cagro sp. z o.o. w ofercie konsorcjum oraz W..... Sp. z o.o. w ofercie J..... W.....

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości ze względu na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i ądania odwołującego.

Co do zaniechania wyjaśnienia kwestii związanej z zastrzeżeniem przez J..... W..... jako tajemnicy przedsiębiorstwa znacznej części wyjaśnień dotyczących ra ąco niskiej ceny – ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani orzecznictwo Sądu Najwyższego nie wskazuje na procedurę dokonania takiej weryfikacji. Nie mo na zgodzić się z odwołującym,

e niewyjaśnienie kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przed wyborem najkorzystniejszej oferty w sposób negatywny wpłynęło na sytuację wykonawcy w zakresie dostępu do środków odwoławczych. Odwołujący miał dostęp do treści wyjaśnień w takim samym zakresie zarówno w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty, jak i po nim. Wbrew twierdzeniu odwołującego zamawiający dokonał oceny zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści wyjaśnień i stwierdził, iż zastrzeżenie było uprawnione. Jak podkreśla wykonawca, wszystkie zawarte w wyjaśnieniach informacje składają się na jedną spójną całość mającą bezsprzecznie wartość gospodarczą, dotyczą bowiem mechanizmów wypracowanych w wieloletniej praktyce firmy, służyć na rynku konkurencyjnym zdobywaniu zamówień, wycenianiu usług. Co do racjonalności niskiej ceny – faktem jest, że w ramach ofert złożonych w postępowaniu zachodzi znacząca rozpiętość zaoferowanych cen, również w odniesieniu do kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Z tego powodu zamawiający

13

zastosował przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych procedurę wyjaśnienia ceny. Zało one przez wykonawcę wyjaśnienia przesądziły, iż za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia bez zagrożenia dla jego prawidłowej realizacji. Powyższe różnice cen uzasadnia m.in. fakt, iż wykonawca:

1. powiązał realizację usług ogrodniczych ze sprzątającymi, co pozwoliło zoptymalizować zatrudnienie pracowników i wykorzystanie środków trwałych, zredukować godziny nieproduktywne oraz koszty transportu do miejsca świadczenia usług,
2. posiada magazyn soli na terenie Bytomia, co w znacznym stopniu redukuje koszty ponoszone na dojazd (zamawiający zrezygnował z wymogu posiadania magazynu soli na terenie Bytomia),
3. posiada zbiornik paliw, który umożliwia korzystanie z hurtowych zakupów paliw z pominięciem pośredników oraz umożliwia samodzielną organizację dystrybucji do poszczególnych pojazdów,
4. posiada warsztat naprawy pojazdów mechanicznych, dzięki czemu nie ponosi kosztów związanych z ich naprawą i konserwacją,
5. zaopatruje się w hurtowniach u sprawdzonych dostawców, korzysta z przedsezonowych zakupów,
6. jego koszty zarządu są niewspółmiernie mniejsze od kosztów w strukturach korporacyjnych, a także w stosunku do wykonawców współpracujących na zasadzie konsorcjum,
7. większość prac wykonywana jest mechanicznie, co zwiększa efektywność i ogranicza nakłady na pracę fizyczną,
8. od 1989 r. realizuje takie usługi na terenie Bytomia, a 98 % osób zatrudnionych to mieszkańcy Bytomia. Zatem doskonale rozpoznał przedmiot zamówienia, zna miasto, jego siatkę komunikacyjną, co poprawia logistykę jego działań, skraca czas reakcji, umożliwia płynną korektę działań.

Wykonawca przedstawił kalkulację uzasadniającą wysokość zaoferowanej ceny oraz wskazał, że w zaoferowanej cenie uwzględnił zysk na poziomie 6,5%.

Zdaniem zamawiającego różnica między cenami przedstawionymi w ofertach przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym elementem strategii cenowej oraz konkurencji na rynku. Nie można również przyjąć, że cała oferta zawiera racjonalnie niską cenę wyłącznie na podstawie poszczególnych cen jednostkowych.

Co do zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-

14

SYSTEM B..... S.....

i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... z powodu braku

podpisu pod zło oną ofertą, to nieznana jest podstawa, z której odwołujący wywodzi, i strony formularza oferty oznaczone zostały parafą, a nie podpisem W..... S.....
Taki sam znak graficzny został zło ony np. pod „Informacjami dodatkowymi” formularza oferty, na pełnomocnictwach, czy na oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia. Brak podpisu pełnomocnika konsorcjum pod pierwszą częścią formularza oferty nie oznacza braku zło enia oferty w formie pisemnej. Podpis ten został bowiem zło ony pod drugą częścią formularza oferty oraz na ka dej stronie formularza cenowego stanowiącego wraz z formularzem oferty jednolitą całość. Podpis ten został zło ony równie na stronie zawierającej informacje właśnie o cenie oferty i terminie wykonania zamówienia. Niezasadny jest równie zarzut, i brak podpisu pełnomocnika konsorcjum pod zło oną ofertą spowodował brak akceptacji postanowień umownych. Konsorcjum załączyło do oferty istotne postanowienia umowne w brzmieniu stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które ka dy z konsorcjantów podpisał, a ponadto ka dy z konsorcjanów zło ył oświadczenie, e akceptuje zmiany wzoru umowy dokonane przed dniem składania ofert oraz jej aktualną treść.

Co do zaniechania wezwania J..... W..... do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym remontu i bie ącej konserwacji placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60.000,00 zł brutto oraz zaniechania wykluczenia go z postępowania z uwagi na zło enie nieprawdziwych informacji dotyczących zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32 przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie – zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 2 lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca zobowiązany był wykazać, i w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje m.in. remont i bie ącą konserwację placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60.000,00 zł brutto. Usługi mogły być wykonane w ramach jednej lub kilku umów.

Odwołujący zakwestionował referencje wystawione przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska przedło one na potwierdzenie nale ytego wykonania usługi wykazanej pod poz. 12 wykazu zarzucając, i w dokumencie tym w aden sposób nie został potwierdzony fakt wykonania bie ącej konserwacji i remontów placów zabaw.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie ugruntował się pogląd, i dokument potwierdzający nale yte wykonanie usługi, dostawy czy robót budowlanych nie słu y potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a jedynie

15

potwierdzeniu nale ytego wykonania zamówienia. Dokumentem słu ącym takiemu potwierdzeniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy składane w formie wykazu głównych usług. Brak jest zatem podstaw prawnych i faktycznych do uznania powy szego zarzutu. Usługi wykazane pod poz. 12, 15, 16 i 19 w sposób wystarczający potwierdzają spełnienie warunku, gdy ich łączna wartość wynosząca 72.139,54 zł przekracza wymagane 60.000 zł. Odwołujący wskazuje, e przedmiotem udostępnianego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K.....

potencjału są ró nego rodzaju świadectwa i zaświadczenia.

Jednak jest to wniosek nieprawidłowy, gdy ocena spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie mo e opierać się tylko na podstawie fragmentu treści danego dokumentu. Zobowiązania podmiotu trzeciego nale y badać w powiązaniu z wykazem osób, w treści którego, obok imienia i nazwiska, wykonawca zawarł równie informacje na temat kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia danej osoby. Przytoczenie w treści zobowiązań określonych uprawnień czy świadectw miało na celu powiązanie danego dokumentu z konkretną osobą z wykazu. Świadczy o tym dalsza treść zobowiązań w brzmieniu: „Sposób wykorzystania zasobu: Wykonanie czynności w zakresie przedmiotowego zamówienia odpowiadających posiadanym uprawnieniom. Forma prawna łącząca strony: Po uzyskaniu

zamówienia zostanie podpisana odpowiednia umowa cywilnoprawna pomiędzy stronami". Zamawiający pozytywnie ocenił spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zatem musiał stwierdzić m.in. iż zobowiązania podmiotów trzecich zostały podpisane przez uprawnione podmioty – albo osoby fizyczne osobiście, albo uprawnionych współników lub członków zarządu spółek.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz zło onych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zwa yła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

16

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi adna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w części zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała za częściowo uzasadnioną.

Po zapoznaniu się z argumentacją J..... W..... dotyczącą powodów utajnienia tych informacji oraz z treścią tych dokumentów Izba stwierdziła, że jej zdaniem w większości nie zawierają one informacji organizacyjnych mających wartość gospodarczą, charakterystycznych tylko dla tego przedsiębiorcy. W wyjaśnieniach tych bowiem wykonawca na ogólne czynniki ekonomiczne i zasady prowadzenia wskazywał

kosztów znane czy oraz przedsiębiorstwa minimalizacji ka demu ekonomicznie

przedsiębiorcy i – przynajmniej z zało enia – wykorzystywane przez ka dego przedsiębiorcę, takie jak: efekt skali, doświadczenie, najtańszy zakup materiałów (bez pośredników, hurtowy, przedsezonowy, rabaty), korzystanie ze sprawdzonych dostawców czy podwykonawców, optymalizacja wykorzystania sprzętu i pracowników, jak najkrótszy dojazd, własny magazyn, sprawdzone i doskonałe metody zarządzania, „kalkulacja rozsądnego zysku”, niski koszt zarządu, wykorzystanie własnego serwisu, wiarygodność płatnicza zamawiającego, korzystanie z programów aktywizacji osób bezrobotnych itd.

Przy tym nale y zauwa yć, że ze względu na „publiczny” charakter nie powinny być te utajniane informacje dotyczące – jak nazwał to wykonawca – „pomocy publicznej”, czyli umów z Urzędem Pracy w Bytomiu.

Niektóre obliczenia, np. zuycie soli drogowej, jak wskazał wykonawca, odnoszą się do norm przyjętych w stosownych rozporządzeniach, zatem tu równie trudno mówić o informacjach mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Równie informacje dotyczące kosztów stałych, zmiennych i mieszanych mają charakter ogólnych rozwa ań ekonomicznych, a porównanie cen ma charakter odtwórczy.

Zdaniem Izby informacje te mogą być przez zamawiającego ujawnione po upływie terminu na wniesienie przez Jacka Wieczorka skargi do sądu na niniejszy wyrok. (Izba nie stwierdziła jednak wpływu uwzględnienia tego zarzutu na wynik postępowania.)

Za część mającą rzeczywiście cechy tajemnicy przedsiębiorstwa mo na uznać co najwy ej opis konkretnych zamierzeń optymalizacji kosztów i cen prac ogrodniczych (str. 29

17

wyjaśnień) oraz nazwiska konkretnych rzemieślników zawarte na str. 30 wyjaśnień (pod warunkiem, iż nie są one ujawniane np. w umowie z zamawiającym ani załączanym do oferty wykazie osób lub podmiotów trzecich przewidzianych do realizacji zamówienia).

Tajemnicę mogą stanowić także konkretne ceny uzyskiwane od dostawców czy podwykonawców (a więc i umowa, faktura, oferta cenowa), choć i tu nale y zwrócić uwagę,

że tajemnicą nie powinny być ceny wprost z cennika danego dostawcy dostępnego dla

ka dego potencjalnego klienta (nale y zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3

ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niedozwolone jest rzeczowo nieuzasadnione,

zró nicowane traktowanie niektórych klientów, więc ceny te mogą być znane wszystkim

zainteresowanym wykonawcom).

Co do zarzutu nieprawidłowej oceny zło onych przez J..... W..... wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo e zaoferowana cena posiada charakter ra ąco niskiej, lzba uznała, e zarzut nie potwierdził się.

lzba przeanalizowała zarówno zaoferowane przez tego wykonawcę ceny oraz zło one wyjaśnienia, a tak e obszerną argumentację odwołującego, zamawiającego i J..... W....., skorzystała tak e w tym zakresie z opinii biegłego.

Pomimo tego nie jest w stanie stwierdzić, e za zaoferowane ceny jednostkowe nie da się prawidłowo wykonać zamówionego przez zamawiającego zakresu prac, a sama cena ma charakter ceny ra ąco niskiej.

Niewątpliwie taka ró nica cen, jaka zaistniała pomiędzy zło onymi ofertami, zawsze będzie wprowadzała element niepewności co do prawidłowego oszacowania i wycenienia prac, jednak argumentację przystępującego J..... W....., którą przedstawił w ramach postępowania odwoławczego, trudno uznać za chybioną i odrzucić.

Tym samym, skoro lzba nie mo e stwierdzić jednoznacznie, e – choćby w jej przekonaniu – cena jest ra ąco niska, musi zastosować swojego rodzaju zasadę *in dubio pro reo* (swojego rodzaju, gdy nie jest to postępowanie karne) i uznać, e nie zachodzą podstawy do odrzucenia tej oferty.

Co do samych wyjaśnień zło onych zamawiającemu przez J..... W..... oraz wskazanej przez odwołującego niejednoznaczności opinii biegłego, a tak e zawartych w tej opinii konkluzji biegłego co do poszczególnych elementów wpływających na obni enie kosztów wykonania usługi – lzba równie zauwa yła te okoliczności.

Pomimo, e opinia biegłego tylko w niewielkim stopniu wyjaśnia czy odnosi się do spornej kwestii cen, lzba stwierdziła, e nie odrzuci jej jako dowodu, gdy same komentarze do wyjaśnień J..... W..... uznała za prawidłowe. W tym zakresie lzba zgadza się z opinią biegłego – owszem, wskazane elementy niewątpliwie mogą wpływać na obni enie

18

cen, jednak trudno wskazać konkretnie, o ile. Sama konkluzja równie jest podobna: wykonanie zadań objętych ofertą Jacka Wieczorka w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia po cenach ofertowych mo na uznać za realne, gdy brak jednoznacznych podstaw do przyjęcia twierdzenia przeciwnego.

Oczywiście, J..... W..... w swoich wyjaśnieniach w niektórych pozycjach podaje konkretne kwoty owych oszczędności, ale trudno je zweryfikować odnosząc do cen z formularza oferty i tym samym nadal nie mo na rozstrzygnąć kwestii, czy poszczególne ceny z formularza ofertowego (cenowego), są adekwatne do czynności, które wykonawca ma za nie wykonać. Z drugiej strony trudno te te ceny zweryfikować odnosząc je do takich elementów jak roboczogodzina pracy pracownika, sprzętu, kosztu materiałów, zu ycia paliwa itd.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia J..... W..... z postępowania z uwagi na zło enie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie realizacji usługi konserwacji placów zabaw, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, lzba stwierdziła, e zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu w tej części wykonawca zobowiązany był wykazać, i w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a je eli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje m.in. remont i bie ącą konserwację placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60.000,00 zł brutto.

W „Wykazie głównych usług” J..... W..... wskazał usługi w tym zakresie w poz. 12. na kwotę 15.187,78 zł, poz. 15 na kwotę 11.986,40 zł, poz. 16. na kwotę 18.034,36 zł, poz. 17. 89.726,04 zł, poz. 18. na kwotę 3.600,00 zł, poz. 19. na kwotę 26.931,00 zł (nazwy zadań zostały wskazane w pierwszej części uzasadnienia).

W odwołaniu odwołujący zakwestionował usługi wymienione w pozycjach: 12. (remont i bie ąca konserwacja placów zabaw w mieście Ruda Śląska dzielnica Ruda na kwotę 15.187,78 zł), 17. (remont placu zabaw przy SP nr 32 ul. Kaliny 61 w Chorzowie na kwotę 89.726,04 zł) i 18. (remont placu zabaw w Zabrze na kwotę 3.600 zł) „Wykazu głównych

usług". Podczas rozprawy uznał, i zarzut dotyczący pozycji 12. jest chybiony i podtrzymał zarzuty w stosunku do poz. 17 i 18.

Co do usługi wskazanej w poz. 12. wykazu J..... W..... przedstawił umowę z Miastem Ruda Śląska z 29 grudnia 2009 r., w której w § 5 wskazano ceny za m.in. następujący zakres prac: wymiana piasku w piaskownicach, uzupełnianie piasku w polu piaskowym, malowanie urządzeń zabawowych, wykonywanie napraw urządzeń zabawowych, usuwanie zdewastowanych elementów małej architektury (wyjaśnienie tych

19

pojęć zawarto w załączniku do umowy). Prace te mo na uznać za remont i konserwację placów zabaw.

Co do usługi z poz. 18 wykazu – J..... W..... przedstawił kserokopie referencji z 29 listopada 2012 r., 28 stycznia 2013 r. i umowy wraz z uzupełnieniem referencji z 7 października 2013 r. wskazujące na przyszkolny plac zabaw.

Co do usługi z poz. 17. wykazu – z dokumentów przedstawionych przez J..... W..... (oświadczenia z 10 października 2013 r. zło onego w imieniu Prezydenta Miasta Zabrze oraz umowy z Miastem Zabrze z 17 marca 2011 r.) wynika, e przedmiotem zamówienia nie był remont placu zabaw, jak wskazał J.....W..... w „Wykazie”, lecz usunięcie i przeniesienie urządzeń małej architektury w postaci elementów placów zabaw (piaskownic, huśtawek, przepłotni).

Nale y przyznać rację odwołującemu, i ten zakres prac nie odpowiada pojęciu „konserwacji i remontu” placu zabaw, zatem pozycja ta nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu. Wynika to tak e z przedstawionych wraz z ofertą referencji Urzędu Miejskiego w Zabrzu, w których wskazano nazwę zamówienia i zakres prac nim objętych. Zatem, pomimo e prac tych nie mo na uznać za remont placu zabaw, jak zrobił to J..... W..... w „Wykazie głównych usług”, to nale y to uznać za jego błędną kwalifikację tych prac, a nie zło enie nieprawdziwych informacji.

Z „Wykazu głównych usług” wynika, i wartość usług niekwestionowanych przez odwołującego przekracza wymagane 60.000 złotych, zatem warunek nale y uznać za spełniony.

Co do zarzutu dotyczącego braku weryfikacji osób, które podpisały zobowiązania, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, e zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie wskazał, i dokonał takiej weryfikacji podając nazwiska osób, które podpisały owe dokumenty – osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą podpisujących się osobiście lub osób działających w imieniu spółek zgodnie z wpisem w KRS. Izba nie stwierdziła błędu tej weryfikacji.

Izba uznała za uzasadniony zarzut odwołującego dotyczący niezachowania formy pisemnej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod

20

nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K.....

Z przepisu art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika, i oferta musi być zło ona w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Przepis ten niewątpliwie nale y odczytywać przez pryzmat przepisów Kodeksu cywilnego o zachowaniu formy pisemnej i skutkach jej niezachowania, a więc m.in. art. 78 § 1, zgodnie z którym do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza zło enie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Konieczne jest zatem zło enie podpisu.

Jak przyjmuje doktryna i orzecznictwo (por. np. wyrok SN z 8 maja 1997 r. sygn. II CKN 153/97 czy wyrok NSA w Warszawie z 10 listopada 2006 r., II FSK 1144/05 oraz komentarze do Kodeksu cywilnego) podpis jest to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem; nie musi on być te czytelny. Powinien jednak obejmować co najmniej nazwisko, choćby w formie skróconej i nieczytelnej.

Przepis art. 78 Kodeksu cywilnego skorelowany jest z art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego, z którego wynika, e dokument prywatny stanowi dowód tego, e osoba, która go podpisała, zło yła oświadczenie zawarte w dokumencie.

Konieczność własnoręczności podpisu wynika z tego, e przy podpisie chodzi o udokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale tak e i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby, a przez to zapewnić bezpieczeństwo obrotu. Od podpisu nale y odró nić tzw. parafę, będącą skrótem podpisu, inicjałem lub znakiem graficznym. Oznacza ona potwierdzenie przez strony treści zło onych przez nie oświadczeń woli zawartych na danej karcie dokumentu, a tak e zakończenie tekstu. W obrocie parafowanie dokumentu oznacza tak e uzgodnienie treści umowy, jak równie stanowi potwierdzenie sprawdzenia czy akceptacji dokumentu przez określoną osobę. W oczywisty sposób własnoręcznego podpisu nie mo e zastąpić nie tylko faksymile, ale tym bardziej pieczętka, nawet imienna. Na tle wymogów dotyczących podpisu, nie mo na za podpis uznać tak e połączenia takiej pieczętki z parafą – jakkolwiek by to nie było rozpowszechnione w obrocie.

Wymóg opatrzenia dokumentu podpisem jest niewątpliwie związany z bezpieczeństwem obrotu, które ustawodawca zdecydował się chronić w dodatkowy sposób i ma on znaczenie zwłaszcza przy dokumentach, dla których ze względu na ich wa ność dla obrotu ustawodawca przewidział formę szczególną z nadaniem jej rygoru niewa ności. Zdaniem lzby, póki ustawodawca lub choćby Sąd Najwy szy – ze względu na jej powszechność – nie zdecydują się „konwalidować” praktyki polegającej na postugiwaniu się

21

pieczęcią z parafą i postawić jej ponad bezpieczeństwem obrotu, istniejąca obecnie definicja podpisu powinna być zachowywana przy stwierdzaniu, czy dany znak graficzny jest podpisem.

W kwestionowanej ofercie nie ma wątpliwości, i w miejscu przewidzianym przez zamawiającego na podpis „główny”, czyli kończący tekst oferty (wskazuje na to tak e miejsce na datę jej sporządzenia), została postawiona jedynie pieczętka imienna Waldemara Stracha, brak jest tam natomiast jakiegokolwiek znaku graficznego o charakterze podpisu czy parafy. Zatem w tym miejscu oferta nie została podpisana ani choćby parafowana.

Pod owym miejscem na podpis znajduje się dalsza część tekstu zatytułowana „Informacje dodatkowe”, pod którą zamawiający równie przewidział miejsce na podpis. Poniewa jest to ostatnie miejsce na podpis w formularzu oferty (pod całym tekstem oferty), nale y uznać, e znajdujący się w tym miejscu podpis jak najbardziej spełniałby wymogi, e podpis powinien być zło ony pod tekstem oświadczenia woli.

Jednak w miejscu tym znajduje się pieczętka imienna W..... S..... oraz znak graficzny nie wykazujący podobieństwa do konkretnych liter alfabetu łacińskiego. Według opisu biegłego składa się on z trzech elementów graficznych: pierwszy element zawierający przewinięcie pętlicowe, drugi w postaci dwuelementowego wydułtu onego trzonu oraz trzeci w formie krótkiej linii o przebiegu pionowym (str. 4 opinii).

Znak ten, zdaniem lzby, nale y zakwalifikować jako parafę, gdy nie odpowiada przywołanej powy ej definicji podpisu. O ile bowiem jest na tyle skomplikowany, e poprzez grafologiczne badania porównawcze da się go zidentyfikować/zakwalifikować jako pochodzący od danej osoby (W..... S.....), np. poprzez modelunek przewinięcia pętlicowego czy sposób wyprowadzania końcowej pionowej grammy, to w aden sposób nie przedstawia on nazwiska W..... S....., nawet w formie skróconej czy nieczytelnej.

Obie te kwestie zostały potwierdzone opinią biegłego grafologa powołanego przez lzbę.

Przy tym, co do treści opinii biegłego – nale y zwrócić uwagę, i inaczej definiowany jest podpis w znaczeniu prawnym (wy ej wskazane stanowisko doktryny i orzecznictwa odró niające podpis od parafy), a inaczej w znaczeniu kryminalistycznym, gdzie parafę uznaje się za najbardziej skrócony podpis, gdy badane jest nie jej prawne znaczenie, lecz mo liwość określenia jej autentyczności (str. 5 i 6 opinii biegłego).

Jakkolwiek należałoby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż, zdaniem Izby, wymóg, by podpis odzwierciedlał nazwisko podpisującego (np. K..... czy N.....), musi mieć tak e na celu to, by adresat dokumentu wiedział, e dany znak graficzny pochodzi od osoby o danym nazwisku bez uciekania się do pomocy grafologa i stosowania przez niego mikroskopowych metod porównawczych.

W odniesieniu do argumentacji zamawiającego i przystępującego konsorcjum należy zwrócić uwagę, iż wymóg złożenia podpisu dotyczy właściwie tylko owego jednego podpisu

22

kończącego dokument. A zatem powinien on się znajdować w którymś z miejsc na str. 11 formularza oferty. Gdyby znajdował się na miejscu wy szym, nie miałoby znaczenia, e część „Informacje dodatkowe” została jedynie parafowana (nie są one ważne dla treści oferty). I na odwrót – gdyby podpis znajdował się pod częścią „Informacje dodatkowe”, znajdowałby się w prawidłowym miejscu – pod treścią oferty.

Nie ma te znaczenia, e wykonawca parafował ka dą stronę oferty – jest to powszechnie praktykowane i brak jest wymogu, by ka da strona została podpisana. A przy tym nie zmienia to faktu, e parafa nie jest podpisem.

Należy te zwrócić uwagę, iż mimo wymogu pisemności, rygorem nieważności została objęta jedynie oferta (oferta *sensu stricto*), a nie inne dokumenty, np. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (które zresztą, w przeciwieństwie do oferty, można uzupełniać).

Jak wynika z zasad prawa cywilnego, rygor nieważności powoduje, e ofertę należy uznać za w zasadzie nieistniejącą. Zatem nie mają znaczenia inne „mankamenty” przedstawionych przez konsorcjum dokumentów, wskazane przez odwołującego.

Jednak z praktyki postępowań wynika, iż taka oferta jest odrzucana w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 i/lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – jako niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych lub nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z punktu widzenia procedury udzielania zamówień publicznych nie jest to błąd, a pozwala zachować „porządek” w liczbie ofert, które wpłynęły do zamawiającego.

Zatem zamawiający powinien odrzucić tę ofertę, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego.

Ponieważ jednak oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... nie jest ofertą uznaną za najkorzystniejszą, a J..... W....., jak wynika z jego zachowania, wcią deklaruje chęć zawarcia umowy z zamawiającym, obecnie brak jest wpływu uznania przez zamawiającego tej oferty za prawidłową na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ

23

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ Izba nie stwierdziła wpływu ww. naruszeń na wynik postępowania, orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

24

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 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).

Przewodniczący: