

ODPIS

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 października 2008 roku

Sąd Okręgowy w Gorzowie Wlkp. Wydział VII Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący SSO Robert Bogusz

Sędziowie SSO Jolanta Sojka-Kardas

SSR (del.) Paweł Wachowiak (spr.)

Protokolant st. sekr. sąd. Anna Kopala

po rozpoznaniu w dniu 29 września 2008 roku w Gorzowie Wlkp.
na rozprawie

sprawy

ze skargi Miasta Gorzów Wlkp.

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 lipca 2008 roku
sygn. akt KIO/UZP 680/08

z udziałem wykonawcy STRABAG spółki z o.o. w Warszawie

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego na rzecz wykonawcy kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu
kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

SSO Jolanta Sojka-Kardas

/..a zgodność

oryginałów

Eópa/o
sądowy

SSR (del.) Paweł Wachowiak

Właściwe podpisy na oryginale

VII Ga 24/08

UZASADNIENIE

W dniu 29 marca 2008 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/S 62-083752 ukazało się ogłoszenie o postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiot został określony przez zamawiającego Miasto Gorzów Wlkp. jako „Przebudowa ulicy Wyszyńskiego (droga wojewódzka nr 151) w Gorzowie Wlkp.”

W dniu 11 czerwca 2008 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykonawcach, których oferty zostały odrzucone lub którzy zostali wykluczeni z postępowania. Przedmiotowe czynności stały się podstawą do wniesienia, dnia 18 czerwca 2008 r., **protestu** w którym jeden z wykonawców - „Strabag” spółka z o.o. w Warszawie zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp: art. 7, art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, alternatywnie z ostrożności procesowej art. 26 ust. 3. Protestujący zakwestionował ustalenia zamawiającego w przedmiocie złożenia nieprawdziwej informacji mającej wpływ na wynik postępowania, a dotyczącej kwestii dysponowania Kierownikiem Robót Sanitarnych. Wskazał on, że zgodnie z pkt 6.2.2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) *Potencjał kadrowy* zamawiający wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia m.in. Kierownikiem Robót Sanitarnych. Protestujący wyjaśnił, że roboty sanitarne w ramach przedmiotowego zamówienia miały zostać powierzone, na podstawie umowy podwykonawczej, firmie P.P.H.U. „KONCEPT” spółce z o.o., natomiast funkcję Kierownika Robót Sanitarnych miał pełnić p. Henryk Janicki, którego z podwykonawcą wiązała (na dzień składania ofert) umowa na wykonywanie obowiązków kierownika robót sanitarnych. Powyższe potwierdza oświadczenie P.P.H.U. „KONCEPT” spółki z o.o. z dnia 13 maja 2008 r. Zatem należy uznać, że protestujący, składając ofertę, nie złożył nieprawdziwej informacji. Przedstawił bowiem na stanowisko Kierownika Robót Sanitarnych osobę, która w ramach zawartej umowy z podwykonawcą zobowiązała się do pełnienia tej funkcji. Spółka „Strabag” nie ma wpływu na decyzje p. Henryka Janickiego i zmianę przez niego oświadczenia w sprawie pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych, po złożeniu oferty. Istotne jest to, że wykazała ona, że na dzień składania ofert, dysponowała właściwą osobą. Z ostrożności procesowej protestujący wskazał, że skoro zamawiający po złożeniu ofert powziął wiadomość, że p. Henryk Janicki odmówił pełnienia funkcji Kierownika Robót Sanitarnych, zobowiązany był w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać protestującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Tymczasem taki sposób postępowania zamawiającego narusza procedurę przewidzianą ustawą Pzp (nieprzewidziany tryb postępowania), a dalsze czynności

naruszają zasadę wyrażoną w przepisie art. 7 ustawy Pzp.

Zdaniem protestującego, brak jest również podstaw do odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp Zgodnie z pkt 4.1.3. SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Dokumentacji Projektowej, Tabelach

Elementów Rozliczeniowych, Specyfikacjach Tecl
które na podstawie pkt 27 SIWZ stanowią

Ulicznych Wykonania i Odbioru Robót,
integralną część SIWZ. Składając w

przedmiotowym postępowaniu ofertę, protestujący
zamówienia w zakresie określonym w SIWZ i zgodnie z warunkami opisanymi w SIWZ, zobowiązał się do wykonania przedmiotu
oświadczył, że zapoznał się i w pełni oraz bez zastrzeżeń zaakceptował treść SIWZ wraz
z

wyjaśnieniami i modyfikacjami, a także warunk. umowy (Formularz nr 1 - Oferta na
wykonanie zamówienia). Zgodnie z pkt 12.2. SIWZ spółka „Strabag” przedłożyła do oferty
wypełnioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych. Ma podstawie pkt 14.2. SIWZ cenę oferty
należało obliczyć na podstawie zakresu i ilości zawartych w Tabeli Elementów
Rozliczeniowych, a także cen jednostkowych skalkulowanych przez wykonawcę zgodnie z
zasadami podanymi w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót oraz
Dokumentacji Projektowej. Protestujący obliczył cenę oferty zgodnie z postawionymi przez
zamawiającego wymogami i nie miał obowiązku załączyć do oferty innych dokumentów,
obrazujących sposób wyliczenia ceny. Jedynie w związku z wezwaniem przez zamawiającego
do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, wnoszący protest przedstawił wydruk z
wewnętrznego programu kalkulacyjnego „ARRIBA”. Protestujący podkreślił, że
przedmiotowy wydruk nie stanowi dokumentu wymaganego przez SIWZ i odzwierciedlenia
kosztorysu zamawiającego, bowiem jest dostosowany do jego ogólnych potrzeb, stąd mogą
występować drobne zmiany w nazwach robót, czy też mogą być nie wyspecyfikowane
wszystkie rodzaje prac. Nie oznacza to jednak, że takie roboty nie zostały uwzględnione przez
protestującego w kalkulacji cenowej, bądź zostały określone niezgodnie ze Specyfikacją
Techniczną.

Dodatkowo protestujący podkreślił, że złożone przez niego wyjaśnienia w sprawie
rażąco niskiej ceny zostały przyjęte i zaakceptowane przez zamawiającego, co potwierdza
brak zarzutu w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 r.

Z ostrożności, protestujący odniósł się także szczegółowo do poszczególnych
zarzutów zamawiającego w sprawie pominięcia kosztów niektórych robót oraz niezgodności
ze Specyfikacją Techniczną wskazując, iż zarzuty te nie są uzasadnione.

W związku z powyższym spółka „Strabag” wniosła o unieważnienie czynności
wykluczenia jej z postępowania i odrzucenia jej oferty, unieważnienie czynności wyboru
oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie
wyboru protestującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie wezwanie go, w trybie art. 26 ust.
3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów.

Dnia 26 czerwca 2008 r. zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.
Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem protestującego, iż nie miał on możliwości zajęcia
stanowiska w sprawie dysponowania odpowiednią osobą na stanowisko Kierownika Robót
Sanitarnych. W toku postępowania wyjaśniającego został on bowiem wezwany do złożenia
wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi z dnia 6 czerwca 2008 r. wyjaśnił, iż dysponowanie
Kierownikiem Robót Sanitarnych jest konsekwencją wyboru podwykonawcy robót
sanitarnych, który zgłasza swoich pracowników na stanowiska kierowników robót. Po
zapoznaniu się z treścią tego wyjaśnienia, p. Henryk Janicki ponownie oświadczył, że nie
będzie pełnił tej funkcji oraz że nie ma zawartej umowy o pracę z żadną firmą składającą
ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Poza tym z umowy pomiędzy P.P.H.U.
„KONCEPT” spółka z o.o. a p. Henrykiem Janickim wynika, iż wskazana osoba nie mogłaby
wykonywać robót w ramach przedmiotowego zamówienia, gdyż przedmiotowa umowa
przestaje obowiązywać dnia 30 lipca 2008 r., natomiast zakończenie realizacji robót ustalone
zostało na dzień 30 października 2009 r. Ponadto przedmiotowa umowa dotyczy tylko
współpracy p. Henryka Janickiego z firmą P.P.H.U. „KONCEPT” spółka z o.o. w zakresie jej
udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Zatem oświadczenie woli P.P.H.U.

„KONCEPT” spółka z o.o. przekracza upoważnienie wynikające z umowy, wobec czego należy uznać je za nieważne.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę na postanowienia rozdziału 3 *Warunki Szczegółowe*, Subklauzula 4.4 SIWZ, zgodnie z którymi wprowadzenie podwykonawcy na wskazany w ofercie zakres robót wykonawca winien zgłosić przynajmniej na 7 dni przed planowanym terminem wprowadzenia podwykonawcy. W terminie 7 dni od daty otrzymania

zgłoszenia Inżynier zaakceptuje propozycje podwykonawcy lub wniesie uzasadnienie sprzeciwu. W sytuacji, gdy Inżynier nie zaakceptuje podwykonawcy robót sanitarnych, wówczas wskazany w ofercie kierownik robót również nie będzie uczestniczył w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zatem niedopuszcz.

warunku udziału w postępowaniu w zakresie którymi dysponuje podwykonawca. Przepis art wykonawcy, podobnie jak pkt 6.2.2 SIWZ, który

Jeżeli protestujący samodzielnie nie spełniał warunków określonych w SIWZ, mógł złożyć ofertę wspólną z innym wykonawcą. Wskazując na osobę p. Henryka Janickiego, jako kluczowy personel wykonawcy, złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

nie jest, aby wykonawca dla potwierdzenia potencjału kadrowego wskazywał osoby, 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy jedynie ich o kluczowym personelu wykonawcy.

Zarzut dotyczący zaniechania przez zamawiającego wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów Miasto Gorzów Wlkp. uznało za bezzasadne. Protestujący załączył do oferty wymagane oświadczenie, które nie było opatrzone błędem, natomiast zawierało nieprawdziwe informacje. Złożenie fałszywego oświadczenia jest uchybieniem, którego nie da się już naprawić w toku postępowania, nie jest bowiem możliwe zastąpienie informacji nieprawdziwych, prawdziwymi.

Z ostrożności procesowej zamawiający podniósł, iż zapoznał się z wyjaśnieniami protestującego dotyczącymi rażąco niskiej ceny. W wyniku przeprowadzonej analizy zamawiający stwierdził, że treść oferty spółki „Straoag” nie odpowiada treści SIWZ, o czym poinformował w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 r.

zgodnie z pkt 14.3 SIWZ przedmiotowe zamówienia będzie realizowane metodą obmiarową.

Ponadto zamawiający zwrócił uwagę, że

Oznacza to, że wynagrodzenie wykonawcy stanowi cen jednostkowych, podanych w Tabeli Elementów Tymczasem kalkulacje protestującego zawarte w

wynik iloczynu ilości wykonanych robót i Rozliczeniowych, załączonych do oferty, przedmiotowej Tabeli nie zawierały

wszystkich elementów w cenie jednostkowej, a które określają Szczegółowe Specyfikacje

Techniczne. Pominięcie jakiegokolwiek elementu musi skutkować odrzuceniem oferty, jako nie odpowiadającej wymaganiom SIWZ.

Z decyzją zamawiającego nie zgodziła się „Strabag 1 lipca 2008 r. wniosła odwołanie, w którym podtr: proteście.

spółka z o.o. w Warszawie i dnia zymała zarzuty i żądania zgłoszone w

Wyrokiem z dnia 17 lipca 2008 roku sygn. akt KIO/UZP 680/08 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert. W wyroku rozliczono także koszty postępowania.

W uzasadnieniu orzeczenia wskazano, iż w rozdziale 6 *Warunki udziału w postępowaniu*, w pkt 6.1.2 SIWZ zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 1-3 ustawy

Pzp, to jest spełniający następujące warunki: m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Konkretyzując w pkt 6.2.2 SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego zamawiający wskazał, że kluczowy personel wykonawcy musi posiadać doświadczenie i kwalifikacje zgodnie z wymaganiami zamawiającego, przy czym kluczowy personel stanowią: Kierownik Budowy - branża drogowa, Kierownik Robót Drogowych, Kierownik Robót Sanitarnych, Kierownik Robót Elektrycznych. Jednocześnie zamawiający wskazał, że wykonawcy składający wspólnie ofertę muszą łącznie spełniać ww. wymagania. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku zamawiający żądał (pkt 12.2.7 SIWZ) wykazu Kluczowego Personelu, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat kwalifikacji zawodowych i doświadczenia (wypełniony Formularz Nr 5 załączony do SIWZ).

W ofercie odwołującego się, w Formularzu Nr 5, wskazano kluczowy personel wykonawcy przeznaczony do realizacji zadania, m.in. funkcję Kierownika Robót Sanitarnych miał pełnić p. Henryk Janicki. Pismem z dnia 4 czerwca 2008 r. zamawiający wezwał odwołującego się, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia zawartego w Formularzu Nr 5 wskazując, że oczekuje informacji, czy i na jakich zasadach odwołujący się dysponuje wskazanymi osobami przeznaczonymi do realizacji zamówienia. Dnia 6 czerwca 2008 r. odwołujący się wyjaśnił, że osoby wskazane na stanowisko Kierownika Budowy i Kierownika Robót Drogowych są jego pracownikami, natomiast Kierownika Robót Sanitarnych p. Henryka Janickiego wskazał podwykonawca P.P.H.U. „Koncept” spółka z o.o. (zgodnie ze zobowiązaniem do współpracy z dnia 22 kwietnia 2008 r.), zaś Kierownikiem Robót Elektrycznych będzie współwłaściciel PUB-M „ELEKTROGROM” p. Ryszard Stasiak, również podwykonawca odwołującego się (zgodnie ze zobowiązaniem do współpracy z dnia 5 maja 2008 r.).

Na dzień 13 maja 2008 r. P.P.H.U. „KONCEPT” spółka z o.o. złożyła oświadczenie, że w przedmiotowym zamówieniu zobowiązuje się: do wykonania robót sanitarnych, a funkcję Kierownika Robót Sanitarnych będzie pełnił p. Henryk Janicki, z którym, na dzień składania ofert, ma zawartą umowę na wykonywanie przedmiotowych obowiązków (oświadczenie załączone do protestu).

Jednocześnie zamawiający dysponuje oświadczeniem z dnia 28 maja 2008 r. p. Henryka Janickiego, zgodnie z którym nie wyraża Robót Sanitarnych w ramach kontraktów realizow oświadcza, że jego dane osobowe podawane w ofertach składanych przez odwołującego się rozpowszechniane są bez jego wiedzy. Dodatkowo, dnia 10 czerwca 2008 r. p. Henryk Janicki, w piśmie adresowanym do Urzędu Miejskiego w Gorzowie Wlkp. oświadczył, że nie był związany żadną umową o pracę z firmami, które przedstawiły jego osobę w ofertach przetargowych na wykonanie remontu ul. Wyszyńskiego w Gorzowie Wlkp. i nie podejmuje się pełnienia obowiązków kierownika budowy i rob 5t w branży sanitarnej.

W związku z wniesieniem protestu przez odwołującego się, zamawiający zwrócił się do P.P.H.U. „KONCEPT” spółki z o.o. o przesłanie umowy zawartej z p. Henrykiem Janickim na wykonywanie obowiązków Kierownika Robót Sanitarnych. Dnia 23 czerwca 2008 r. została przesłana umowa zlecenie, zawarta 1 stycznia 2008 r. pomiędzy wskazanymi stronami, której przedmiotem jest współpraca w zakresie organizacji przetargów oraz zgoda na przedłożenie dokumentów zawodowych (uprawnień do kierowania robotami w zakresie sieci instalacji sanitarnych oraz sieci wodociągowych, kanalizacyjnych, ciepłych i gazowych) w wymienionym zakresie oraz w przypadku udzielenia zamówień zlecniodawcy, wykonywanie obowiązków kierownika robót. Rozpoczęcie prac nastąpi 1 stycznia 2008 r., a zakończenie 30 lipca 2008 r. Jednocześnie 1 stycznia 2008 r. Henryk Janicki złożył oświadczenie, w którym wyraził zgodę na zgłoszenie przez P.P.H.U. „KONCEPT” spółkę z o.o. (jak można wnioskować z treści oświadczenia) jego osoby na kierownika robót sanitarnych przy realizacji zamówień publicznych.

Wobec tak poczynionych ustaleń faktycznych, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że norma art. 22 ust. 1 ustawy Pzp adresowana jest do wykonawców w rozumieniu art. 2 pkt

11 ustawy Pzp. Zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione przez podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego. W badanym stanie faktycznym takim podmiotem jest odwołujący się, stąd powinien on posiadać zdolność do wykonania zamówienia. Udział podwykonawców ogranicza się jedynie do realizacji części zamówienia i w żadnym razie nie może mieć wpływu na ocenę zdolności wykonawcy. Ustawodawca stworzył możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy, jednakże nie traktuje go jako uczestnika postępowania. Odwołujący się nie jest więc uprawniony do posługiwania się osobami, którymi dysponuje podwykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Działanie odwołującego się, polegające na wskazaniu potencjału kadrowego spośród osób związanych z podwykonawcą (Kierownik Robót Sanitarnych) jest nieprawidłowe w świetle przepisu art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Nie oznacza to jednak, że wykonawca, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu pozbawiony jest możliwości wzięcia w nim udziału. Przepis art. 23 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takiej sytuacji wykonawca musi podjąć decyzję, czy tworzy konsorcjum, czy rezygnuje z postępowania, gdyż samodzielnie nie będzie zakwalifikowany do udziału w postępowaniu. Odwołujący się miał więc wybór w tym zakresie, mógł utworzyć konsorcjum albo wskazać na Kierownika Robót Sanitarnych własnego pracownika (jak wynika bowiem z wyjaśnień odwołującego się z dnia 6 czerwca 2008 r., zatrudnia on kierowników robót wszystkich branż) lub chociażby p. Henryka Janickiego, gdyby bezpośrednio z tą osobą nawiązał współpracę.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, odwołujący się nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednakże zamawiający wykluczył odwołującego się z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania. Zamawiający uznał bowiem, wobec oświadczeń złożonych przez p. Henryka Janickiego dnia 28 maja 2008 r. oraz 10 czerwca 2008 r., że treść oświadczeń odwołującego się zawartych w Formularzu Nr 5, a odnoszących się do Kierownika Robót Sanitarnych, jest nieprawdziwa. Tymczasem zauważyć należy, że pierwsze z oświadczeń dotyczy braku zgody na objęcie spornego stanowiska i posługiwania się danymi zawodowymi bez wiedzy zainteresowanego. Z oświadczenia tego nie wynika jednak, że dotarło ono do odwołującego się czy też jego podwykonawcy. Tymczasem zgodnie z przepisem art. 61 § 1 k.c. oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią. Podobnie drugie oświadczenie, w którym p. Henryk Janicki stwierdza, że nie podejmuje się pełnienia obowiązków Kierownika Robót Sanitarnych w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślenia wymaga również, że drugie z oświadczeń jest skierowane do Urzędu Miejskiego w Gorzowie Wlkp.

W tych okolicznościach twierdzenia zamawiającego, że odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania nie znajdują uzasadnienia.

Zamawiający w żaden sposób nie wykazał, że odwołujący się miał wiedzę co do okoliczności stwierdzonych przez p. Henryka Janickiego, zobowiązanie do współpracy ze strony P.P.H.U. realizacji przedmiotu zamówienia, z którego współpracownikiem odwołującego się w charakterze Kierownika Robót Sanitarnych (pismo z dnia 22 kwietnia 2008 r.), zaś o przedmiotowych oświadczeniach dowiedział się z odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, brać było podstaw do uznania, że odwołujący się złożył nieprawdziwe informacje. Zatem zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie. Odwołujący się nie wykazał, na czym polega ewentualne naruszenie przepisu art. 7 ust.

Co więcej, odwołujący się posiadał „KONCEPT” spółkę z o.o. w zakresie wynikało, że p. Henryk Janicki będzie

uznała za chyby.

2 ustawy Pzp, stąd zarzut ten zależy Izba

Organ orzekający przyznał rację zamawiającemu, o czym była mowa wyżej, iż spełnienie warunków udziału w postępowaniu dotyczy jedynie wykonawcy, nie jest więc

możliwe łączenie potencjałów w tym zakresie z podwykonawcą. Skoro tak, to ewentualne wykluczenie wykonawcy z postępowania może nastąpić na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W badanym stanie faktycznym, odwołujący się wskazał na Kierownika Robót Sanitarnych osobę, którą dysponuje podwykonawca, zatem nie ma możliwości uznania, że odwołujący się spełnił warunek w zakresie potencjału kadrowego. Stąd zarzut, że umowa zlecenia zawarta z p. Henrykiem Janickim, obowiązuje do dnia 30 lipca 2008 r. pozostaje bez wpływu na ocenę stanu prawnego. Jednakże wskazana okoliczność braku zdolności do wykonania zamówienia nie powoduje obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą i opinią Urzędu Zamówień Publicznych, w tych okolicznościach, zamawiający zobowiązany jest w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Uzmienie za uzasadniony dotychczasowego poglądu (przed nowelizacją z 2007 r.) o braku obowiązku wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów świadczących o braku spełniania warunków wprost prowadziłoby do nierównej sytuacji wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Oto bowiem wykonawca nie spełniający warunków, który złożył stosowny dokument, byłby wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, natomiast wykonawca, który na dzień składania ofert również nie spełnia warunków, ale nie złożył wymaganego dokumentu byłby wezwany do uzupełnienia dokumentów. Zatem zarzut naruszenia powołanego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp również znalazł potwierdzenie.

Na marginesie Krajowa Izba Odwoławcza dodała, że czynności zamawiającego podjęte w celu weryfikacji oświadczeń odwołującego się były uprawnione. Zamawiający bowiem, kiedy uzyska wiedzę na temat informacji składanych przez wykonawców z własnych źródeł jest zobowiązany zbadać, czy nie zachodzi okoliczność złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, a w konsekwencji, czy nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Obowiązek wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp może zaktualizować się na każdym etapie postępowania. Ustawodawca przewidział również możliwość żądania wyjaśnień w zakresie oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie oznacza to jednak, że dla oceny sytuacji nie może posłużyć się wiedzą, czy informacjami pochodzącymi od innych podmiotów.

Zauważono nadto, że zamawiający w swoich działaniach wykazał się wysoką niekonsekwencją. Nie zakwestionował bowiem kandydatury na stanowisko Kierownika Robót Elektrycznych, który również nie znajduje się w dyspozycji Odwołującego się, a jego podwykonawcy.

Zamawiający w pkt 12.2.2. SIWZ postanowił, że zawartość oferty stanowi wypełniona Tabela Elementów Rozliczeniowych, zaś zgodnie z pkt 14.2. SIWZ cenę oferty należy obliczyć na podstawie zakresu i ilości - zawartych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych oraz cen jednostkowych skalkulowanych przez wykonawcę zgodnie z zasadami podanymi w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót oraz Dokumentacji Projektowej. Na stronach 3-14 oferty odwołującego się znajduje się wypełniona przedmiotowa Tabela, która jest identyczna z wzorem Zamawiającego, co stanowi, że odpowiada treści SIWZ (pkt 27 SIWZ). Okoliczność tę strony przyznały również na rozprawie przed KIO. W związku z powyższym zamawiający nie miał podstaw do uznania, że kwestionowana oferta nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji, że podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że podstawą oceny **była Tabela Elementów Rozliczeniowych, a nie wydruki z programu kalkulacyjnego odwołującego się. Nie jest prawdą jak twierdzi Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że „Odwołujący się dołączył do oferty kalkulację w Tabeli Elementów Rozliczeniowych”**. Odwołujący się jedynie wycenił poszczególne pozycje Tabeli, a przedstawienie sposobu kalkulacji nie było przez zamawiającego wymagane. Skoro przedmiotowa Tabela, będąca w istocie kosztorysem ofertowym, nie zawierała błędów i była kompletna w stosunku do przedmiaru, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający nie posiadał uprawnienia do stwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, co stanowi o naruszeniu przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Prowadzenie przez zamawiającego postępowania wyjaśniającego w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, miało służyć stwierdzeniu ewentualnie tej okoliczności. Jednakże zarówno w piśmie z dnia 11 czerwca 2008 r. o rozstrzygnięciu protestu, jak i w

odpowiedzi na odwołanie zamawiający nie podnosił okoliczności stwierdzenia rażąco niskiej ceny, a dokonał zmiany kwalifikacji wyjaśnień odwołującego się, które uznał, że stanowią podstawę do stwierdzenia niezgodności oferty z SIWZ. Z takim stanowiskiem

Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza nie postępowania wyjaśniającego, dotyczącego rażąco

zgodziła się. Jej zdaniem prowadzenie ;o niskiej ceny, determinuje charakter

wyjaśnień udzielonych przez odwołującego się. Sam zamawiający bowiem w piśmie z dnia 21 maja 2008 r. żądał przedstawienia w szczególności elementów mających wpływ na ceny jednostkowe poszczególnych robót. Z tego wynika, że odwołujący się mógł ograniczyć się do wskazania jedynie elementów istotnych cenotwórczo, co jak wynika z załączonych wyjaśnień uczynił. Stwierdzenie zatem na tej podstawie braku ujęcia kosztów w poszczególnych pozycjach robót Tabeli Elementów Rozliczeniowych, nie jest możliwe.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, bez znaczenia dla stwierdzenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, była okoliczność podnazona przez zamawiającego, iż kontrakt będzie rozliczany metodą obmiarową. Oznacza to bowiem jedynie tyle, że zamawiający dokona zapłaty za roboty faktycznie wykonane według cen jednostkowych określonych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Jako podstawę orzeczenia uwzględniającego odwołanie i nakazującego unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania, wyboru najkorzystniejszej oferty

oraz nakazującego powtórzenie czynności badania i pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

oceny ofert, wskazano art. 191 ust. 1 i 2

Od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z zamawiający - Miasto Gorzów Wlkp., zarzucając błędną jego wykładnię i niewłaściwe zastosowanie zastosować do ewentualnego wykluczenia wykonawcy ust 2 pkt 2 i tym samym wystąpić do wykonawcy o 26 ust 3 Pzp oraz sprzeczność istotnych ustaleń zebranego w sprawie materiału przez przyjęcie, iż złożył nieprawdziwą informację oraz że złożona przez ilości wykonywanych robót i cen jednostkowych jest zgodna z SIWZ, a tym samym podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1. pkt 2 Pzp. Wskazując na te zarzuty, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania wykonawcy, a także o zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Inia 17 lipca 2008 roku **skarżę** wniósł u naruszenie prawa materialnego przez przez przyjęcie, iż skarżący winien y art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp, a nie art. 24 uzupełnienie oświadczenia w trybie art. Krajowej Izby Odwoławczej z treścią skarżący nie udowodnił, że wykonawca wykonawcę oferta w części dotyczącej

W uzasadnieniu skargi podniesiono, iż w chwili składania oferty wykonawca miał świadomość, że pan Henryk Janicki byłby jedynie podwykonawcą podwykonawcy, a tym samym miał on wiedzę, że nie dysponuje osobą Henryka Janickiego. Sam nie nawiązał z nim bezpośredniej współpracy czy nie założył konsorcjum z podwykonawcą, który miał zawartą umowę z panem Janickim - na co zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza. Mimo tego, na potwierdzenie spełniania postawionych przez zamawiającego warunków, a zatem w celu uzyskania zamówienia publicznego, wykonawca złożył wraz z ofertą oświadczenie o dysponowaniu niezbędnym potencjałem kadrowym. Oświadczenie pana Henryka Janickiego, który dowiedział się o wskazaniu jego osoby dopiero po otwarciu ofert, było zatem skierowane do zamawiającego. Miało ono na celu poinformowanie o fakcie, iż wykonawca przekazał wraz z ofertą nieprawdziwe informacje, a nie złożenie oświadczenia woli wykonawcy, że nie wyraża zgody by ten bezpodstawnie dysponował jego osobą i zgłaszał go na Kierownika Robót Sanitarnych. W świetle tych ustaleń zarzut Krajowej Izby Odwoławczej, że zamawiający w żaden sposób nie wykazał, iż wykonawca miał wiedzę co do okoliczności stwierdzonych przez pana Henryka Janickiego jest nieuzasadniony.

Skarżący zarzucił, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie ustosunkowała się w żaden sposób do treści zawartej umowy i złożonych przez podwykonawcę oświadczeń. Umowa dotyczy współpracy pana Janickiego z firmą „KONCEPT” spółką z o.o. w zakresie jej udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne. Miałoby to miejsce wówczas gdyby firma STRABAG spółka z o.o. występowała w postępowaniu łącznie z firmą „KONCEPT” spółka o.o. w ramach utworzonego konsorcjum. Otrzymałaby wówczas status wykonawcy w

rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Z treści powyższej umowy, ani oświadczenia Pana Janickiego złożonego firmie „KONCEPT” spółka z o.o., nie wynika upoważnienie dla niej do przekazywania dokumentów oraz składania oświadczeń woli (w tym zobowiązania do pełnienia funkcji kierownika robót) wobec osób trzecich. Oświadczenie woli firmy „KONCEPT” spółka z o.o. złożone firmie STRABAG spółce z o.o. w zakresie pełnienia funkcji kierownika robót sanitarnych wybiega poza zakres upoważnienia wynikającego z umowy zawartej z panem Janickim. Wobec czego należy je uznać za nieprawdziwe a wręcz nieważne, gdyż to nie firma „KONCEPT” spółka z o.o. stara się o zamówienie publiczne.

Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, iż wykonawca nie miał wiedzy co do prawdziwości złożonego przez Janickiego oraz fi: hne „KONCEPT” sp. z o.o. oświadczenia i dowiedział się o powyższym od skarżącego. Jednakże to nie skarżący winien sprawdzać prawdziwość złożonych przez podwykonawców oświadczeń tylko wykonawca przed złożeniem oferty winien mieć pewność, iż wskazane przez niego osoby będą z nim współpracowały, a wręcz obowiązkiem wykonawcy było podpisanie ze wskazanymi osobami odpowiednich umów.

Zauważyć należy, że gdyby nie oświadczenie Pana Henryka Janickiego, skarżący przyjąłby oświadczenie wykonawcy za prawdziwe, że dysponuje odpowiednim potencjałem kadrowym, podpisałby umowę, a następnie wykonawca nie mógłby zapewnić realizacji zamówienia zgodnie ze złożoną ofertą, tj. skierować pana Janickiego do wykonywania obowiązków kierownika robót sanitarnych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie wyjaśniła w uzasadnieniu do wyroku jaki charakter ma złożone przez wykonawcę oświadczenie, skoro skarżący ma potraktować w/w oświadczenie, złożone zamawiającemu w ofercie: jako dokument zawierający błąd czy jako oświadczenie, wykonawcę w zakresie kierowania robót sanitarnych.

Powyższe jest istotne, gdyż ustawodawca możliwości uzupełnienia błędnych oświadczeń, zastrzegając taką możliwość jedynie w odniesieniu do dokumentów. jest oświadczeniem prawdziwym, jak złożone zamawiającemu w ofercie: jako które w ogóle nie zostało złożone przez

Pod pojęciem oświadczenia należy rozumieć wykonawcę, a takim jest oświadczenie o potenc dokumenty wystawione przez samego „dokumentem” jest oświadczenie złożone przez inne ale kadrowym wykonawcy, natomiast w art. 26. ust. 3 Pzp nie dopuszcza podmioty niż wykonawca.

Przyjmując nawet, że wykonawca złożył oświadczenie błędne, będąc w przekonaniu iż może wykazać w potencjale kadrowym osoby zatrudnione u podwykonawcy to takie oświadczenie jako oświadczenie obarczone błędem nie może zostać uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a to właśnie nakazuje KIO w wyroku.

Nieprawdziwa informacja (oświadczenie) złożona przez wykonawcę została złożona z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Jednakże przyjmując interpretację KIO zawartą w zaskarżonym wyroku takie oświadczenie może zostać uzupełnione poprzez kierownika robót. Takie rozumowanie prowadzi do ust. 2. pkt 2 musiałby być przepisem martwym. Gdyż wykonawcy składają nieprawdziwe

informacje przede wszystkim dlatego, iż nie spełniają

wskazanie przez wykonawcę innego tego, iż zapis ustawy zawarty w art. 24

Wobec zatem złożenia przez wykonawcę nieprawdziwego oświadczenia polegającego warunków udziału w postępowaniu. na stwierdzeniu, iż posiada on odpowiedni potencjał kadrowy, skarżący miał prawo a wręcz obowiązek wykluczyć wykonawcę z postępowania z uwagi na złożenie przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Powyższe zostało udowodnione przez skarżącego, natomiast błędnie uznane przez KIO za nieudowodnione.

Stanowisko skarżącego o braku możliwości uzupełnienia oświadczeń nieprawdziwych potwierdza również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lutego 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/60/08. W wyroku tym KIO uznała, iż w przypadku stwierdzenia złożenia przez wykonawcę oświadczeń zawierających nieprawdziwe informacje, zamawiający nie ma obowiązku zwywania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń, a złożenie nieprawdziwej informacji stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Stąd wniosek skarżącego o zmianę wyroku w całości i oddalenie odwołania wykonawcy jest w pełni uzasadniony.

Dodatkowo skarżący wskazał, iż uwaga Krajowej Izby Odwoławczej, że zamawiający w swoich działaniach wykazuje się wysoką niekonsekwencją ponieważ nie zakwestionował kandydatury na stanowisko Kierownika Robót Elektrycznych, który również nie znajduje się w dyspozycji wykonawcy, a jego podwykonawcy dowodzi, iż odwołanie nie zostało rozpatrzone wnikliwie, a uzasadnienie jest niejednoznaczne. Pan Ryszard Stasiak wskazany w Wykazie Kluczowego Personelu jako Kierownik Robót Elektrycznych jest współwłaścicielem firmy P.U.B. M. „ELEKTROGROM” s.c., z którą wykonawca ma zawartą umowę, zatem został nawiązany stosunek cywilnoprawny bezpośrednio z osobą, która ma pełnić funkcję Kierownika Robót Elektrycznych co czyni sytuację odmienną niż w przypadku pana Janickiego.

Skarżący wywiódł nadto, iż bezspornym jest, że wszczął on postępowanie wyjaśniające w celu ustalenia czy oferta wykonawcy zawiera rażąco niską cenę. Wszczęcie tego postępowania wynikało w fakcie, iż skarżący oszacował wartość zamówienia na kwotę 21.000.000 zł netto natomiast wykonawca „STRABAG” spółka z o.o. złożył ofertę na kwotę 14.877.189 zł netto, tj. ok. 6.123.000 zł mniej od wartości szacunkowej skarżącego. Natomiast druga oferta pod względem ceny była również wyższa o 5.510.771 zł od oferty wykonawcy „STRABAG” spółki z o.o. Powyższe spowodowało, iż skarżący wszczął postępowanie wyjaśniające w zakresie rażąco niskiej ceny. W trakcie tego postępowania po przeanalizowaniu wyjaśnień wykonawcy okazało się, iż ceny jednostkowe nie zawierają wszystkich elementów wyszczególnionych w Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, a tym samym są niezgodne z SIWZ.

KIO uznała, iż zarzut ten jest bezpodstawny, gdyż według KIO podstawą oceny winna być załączona do oferty wypełniona Tabela Elementów Rozliczeniowych (wypełniony przedmiar robót będący kosztorysem ofertowym), która jest identyczna z wzorem zamawiającego. Zatem według KIO przedmiot

kompletna, co stanowi że odpowiada treści SIWZ.

Zdaniem skarżącego, stwierdzeniem takim zamówień publicznych mówiąc, iż w zakresie obisu zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, treść SIWZ stanowi dokumentacja projektowa tj. projekty przedmiar robót oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych (art. 31 ust. 1 Pzp). Zatem jak wynika z cytowanego przepisu Ta:

samoistnym dokumentem w zakresie treści St

podkreślone w SIWZ pkt 14.2. Cenę oferty należało obliczyć na podstawie zakresu 3 Tabela Elementów Rozliczeniowych nie jest WZ co zostało przez zamawiającego

robót zawartych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych oraz cen jednostkowych skalkulowanych przez wykonawcę. Ceny te mają wynikać z treści zawartych w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru i Robót oraz Dokumentacji Projektowej. Zatem każda pozycja Tabeli Elementów Rozliczeniowych odnosi się do konkretnych zapisów w treści SIWZ i rozpatrywanie zgodności literalnego brzmienia formularza będącego wzorem do wypełnienia oraz załączonej do oferty wykonawcy Tabeli Elementów Rozliczeniowych - bez odnoszenia się do jej merytorycznej zawartości

art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wedle którego zamawiaj

odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz art. 7 ust. 3 Pzp, - jest błędem i prowadzi do naruszenia ący odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie

wa Tabela nie zawierała błędów i była

KIO naruszyła podstawową zasadę Prawa

z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Argumentacja Krajowej Izby Odwoławczej,

oferty stanowi między innymi wypełniona Tabela

załączona do oferty wykonawcy jest identyczna z Wzorem skarżącego prowadzi jedynie do konkluzji, że wykonawca zastosował się do wytycznych porządkowych określonych przez zamawiającego w pkt 12.2. SIWZ „Zawartość oferty”, a nie do stwierdzenia, iż treść jego oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

iz zgodnie z zapisami SIWZ zawartość Elementów Rozliczeniowych, a Tabela

W dalszej części uzasadnienia swego wyroku przedstawienie sposobu kalkulacji poszczegół

Krajowa Izba Odwoławcza podnosi, iż nych pozycji Tabeli Elementów

Rozliczeniowych nie było przez zamawiającego wymagane, a prowadzenie postępowania wyjaśniającego w sprawie rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy nie może prowadzić do wnioskowania o niezgodności treści tejże oferty z treścią SIWZ.

Argumentacja ta jest ponownie niezgodna z normami zawartymi w Prawie zamówień publicznych, które w celu przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne z należytą starannością i wyboru rzetelnie przygotowanej oferty daje zamawiającemu prawo do badania treści oferty, w tym ceny ofertowej, poprzez żądanie wyjaśnień (art. 87 ust. 1) oraz przedstawienie dowodów potwierdzających, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 90 ust od 1 do 3).

Skarżący podniósł, iż zgodnie z linią orzecniczą udowodnienie złożenia rzetelnej propozycji cenowej leży po stronie wykonawcy. Na wezwanie zamawiającego wykonawca z własnej inicjatywy przedstawił między innymi wydruk z programu kosztorysowego „ARRIBA”, z którego poszczególne sumy skalkulowanych elementów zostały przeniesione wprost do Tabeli Elementów Rozliczeniowych jako kompletne ceny jednostkowe. Zatem twierdzenie KIO, iż wykonawca ograniczył się jedynie do wskazania elementów istotnych cenotwórczo (w danej pozycji kalkulacyjnej) jest nieuzasadnioną nadinterpretacją faktów.

Wykonawca wprawdzie na potwierdzenie prawidłowej wyceny robót przedstawił kalkulację w formie wydruku komputerowego, gdzie poszczególne strony wydruku odnosiły się do konkretnych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych i jednoznacznie określały jakie czynniki cenotwórcze ujął wykonawca (materiały, robocizna, sprzęt) w cenie jednostkowej oraz kwotę kosztów ogólnych doliczonych do pozycji. Jednakże skarżący stwierdził szereg nieścisłości oraz brak niektórych kosztów sprzętowych i materiałowych, zatem wezwał wykonawcę do złożenia kolejnych wyjaśnień. W odpowiedzi wykonawca stwierdził, iż brakujące koszty materiałowe i sprzętowe uwzględnił w kosztach ogólnych. Należy w tym miejscu podkreślić, iż zwyczajowo koszty ogólne nie obejmują kosztów materiałów, robocizny i sprzętu, a uwzględniają koszty zarządu, koszty organizacji placu budowy, koszty zaplecza budowy oraz inne związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa. Pomimo wezwania do szczegółowego podania składników kosztów ogólnych, Wykonawca nie uczynił tego. Sam natomiast wskazał, że nie uwzględnił wszystkich niezbędnych kosztów, a w szczególności:

1. Czasowa organizacja ruchu. Zgodnie z treścią ST D-M-00.00.00 pkt. 15.4.1. wykonawca jest zobowiązany do utrzymania ruchu publicznego na terenie budowy. W wyjaśnieniach w tym zakresie wykonawca przedstawił, iż wycena zawiera wykonanie dojazdów z materiałów rozbiórkowych (np. materiał z frezowania), natomiast kładki dla pieszych uwzględniono w pozycjach robót dotyczących

wykonania robót sanitarnych. W opinii

skarżącego, wykonawca nie uwzględnił

kosztów mostków dojazdowych (kładek dla pojazdów), które są niezbędne podczas wykonywania robót sieciowych (kanalizacji sanitarnej i deszczowej oraz

wodociągów). Wykonanie przejazdów jest

niezbędne dla potrzeb dostępu do posesji oraz przejazdu służb ratunkowych, komunalnych. Całość kosztów wynikających z treści ST D-M-00.00.00 pkt. 15.4.1. należało ująć w pozycji TER - Czasowa organizacja ruchu. Porównanie kwot zaproponowanych przez wykonawców oraz kwoty wykonawcy składającego protest może stanowić dodatkowe potwierdzenie powyższego twierdzenia.

2. W kalkulacji ceny skropienia wykonawca uwzględnił ilość 0,3 kg/m emulsji asfaltowej powołując się na normę PN-S- średnią minimalną ilość nie emulsji, a asfalt. Zgodnie ze Specyfikacją Techniczną D-04. konstrukcyjnych” w pkt 2.4. zamawiający

warstw konstrukcyjnych nawierzchni dla emulsji asfaltowej kationowej od 0,4 do 1,2

kg/m. W efekcie postępowania wyjaśniającego skarżący powziął wiadomość, iż oferta została przygotowana nierzetelnie, a cena ofertowa skalkulowana niezgodnie z

treścią SIWZ. Zatem rozstrzygnięcie czy jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu

zamówienia, czy też nie, stało się czynnością niemożliwą do wykonania.

Ponadto zgodnie z zapisami SIWZ, a w szczególności Warunkami Kontraktu, zamawiający ustalił obmiarową metodę rozliczania umowy. Wobec powyższego cena ofertowa jest jedynie przybliżoną ceną kontraktu, a jego ostateczna wartość zostanie ustalona na podstawie obmiaru powykonawczego i może być od niej różna.

Zatem błędne merytorycznie jest przekonanie KIO, że fakt rozliczania kontraktu metodą obmiarową jest nieistotny w ustalaniu zgodności oferty z treścią SIWZ, gdyż oznacza to jedynie tyle, że zamawiający dokona zapłaty za roboty faktycznie wykonane rozliczając je według cen jednostkowych zawartych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W rzeczywistości przeniesienie przez wykonawcę czynników cenotwórczych ceny jednostkowej z jednego zakresu robót (czyli jednego wyszczególnienia) do innego elementu rozliczeniowego prowadzi do sytuacji, w której przy konieczności zwiększenia ilości robót w którym zostały doliczone elementy cenotwórcze z innego zakresu (pozycji Tabeli), nastąpi nierzetelne rozliczenie zamówienia publicznego powodujące ponoszenie przez zamawiającego nieuzasadnionych kosztów. Skutkiem tego jest niecelowe i niegospodarne dysponowanie środkami publicznymi.

Takiej sytuacji ma zapobiegać wymagane przez ustawę Prawo zamówień publicznych zamieszczenie w SIWZ Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Zadaniem tego dokumentu jest uzupełnienie dokumentacji projektowej za pomocą opisów technicznych, pozwalających na jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, zwłaszcza w zakresie wymagań jakościowych i warunków technicznych odbioru robót oraz ustalenia podstaw do wyceny tych robót.

Mając na uwadze, iż skarżący ponad wszelką wątpliwość udowodnił znaczące różnice pomiędzy treścią złożonej oferty, a treścią SIWZ miałby zatem prawo odrzucić ofertę na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się do skargi na rozprawie w dniu 30 września 2008 roku wykonawca „Strabag” spółka z o.o. w Warszawie wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania skargowego. Podniósł, iż skarżący nie ma interesu w zaskarżeniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i może zawrzeć umowę o wykonanie zamówienia publicznego. Jego interes nie został bowiem w żaden sposób naruszony. Wskazał także, iż

niesłuszną jest teza zawarta w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, wedle której wykonawca nie może przedstawić personelu podwykonawcy jako personelu którym dysponuje w rozumieniu art. 22 Pzp. W sytuacji zaś gdyby nawet zakwestionować taką możliwość, zamawiający winien był wystąpić do wykonawcy o uzupełnienie dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp.

Sąd Okręgowy zważył:

Skarga okazała się niezasadniona.

W pierwszej kolejności wymagało rozstrzygnięcia czy skarżący, będący jednocześnie zamawiającym, miał interes w zaskarżeniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nakazującego unieważnienie czynności wykluczenia spółki „Strabag” z postępowania, wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazującego powtórzenie czynności badania i wyboru ofert. Wykonawca zakwestionował bowiem uprawnienie skarżącego do skutecznego wniesienia skargi z uwagi na brak *gravamen* po jego stronie. W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten jest bezzasadny, gdyż po stronie skarżącego występuje interes w zaskarżeniu orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej.

W stanie prawnym obowiązującym poprzednio zrodziła się wątpliwość czy zamawiający ma w ogóle legitymację do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów. Kwestię tę rozstrzygnął pozytywnie Sąd Najwyższy w uchwałach z dnia 14.01.2005 r. w sprawie III CZP 71/04 (OSNC 2005/12/201), z dnia 10.03.2005 r. w sprawie III CZP 94/04 (Prokuratura i Prawo 2005/10/34) i z dnia 10.03.2005 r. w sprawie III CZP 100/04 (OSNC 2006/2/26), stwierdzając iż zamawiający jest legitymowany do wniesienia skargi na wyrok zespołu arbitrów.

Zachodzące wątpliwości spowodowały konieczność ingerencji ustawodawcy poprzez wprowadzenie z dniem 25 maja 2006 roku do Prawa zamówień publicznych przepisu art. 179 ust. 1 a, zgodnie z którym środek ochrony prawnej przysługuje również zamawiającemu. Przepis ten prawnej w postaci skargi do sądu przysługuje także zamawiającemu, pomimo iż nie jest on podmiotem, który ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, o jakim mowa w art. 179 ust. 1 Pzp), lecz jest podmiotem, który sam zamówienia i

Rozpatrując zaś kwestię samego interesu (*gravameri*) zamawiającego w zaskarżeniu określony w rozdziale 4 (skarga do sądu) orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, wskazać należy, iż zamawiający łączy rolę podmiotu organizującego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (art. 15 ust. 1 Pzp) i jednocześnie - od momentu wniesienia przez wykonawcę odwołania - rolę strony tego postępowania. Ustawa nakłada na niego obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców gwarantem przestrzegania tych zasad aż do ostateczności tego też należy wywieść jego uprawnienie do ko - postaci wniesienia skargi do sądu w sytuacji gdy, w je Krajową Izbę Odwoławczą w konkretnej sprawie narusza przepisy Prawa zamówień publicznych. Sama możliwość zawarcia umowy z wykonawcą po rozstrzygnięciu odwołania przez KIO, na którą wskazywał wykonawca w niniejszym postępowaniu, nie przesądza jeszcze o braku interesu zamawiającego w zaskarżeniu orzeczenia KIO. Zamawiający jest bowiem stroną postępowania odwoławczego i skargowego, a zatem może kwestionować zapadłe rozstrzygnięcie w drodze skorzystania z środka ochrony prawnej, jakim jest wniesienie skargi do sądu. Ma on bowiem obowiązek zawrzeć umowę nie z jakimkolwiek wykonawcą, lecz z wykonawcą wyłonionym w trybie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przy czym postępowanie to winno być zgodne z przepisami Prawa zamówień publicznych, nad czym czuwać powinien właśnie zamawiający.

Przechodząc do oceny zarzutów merytorycznych podniesionych w skardze, (art. 7 ust. 1 Pzp). Jest więc on niejako stwierdzić cznego rozstrzygnięcia postępowania. Z trzeba, iż nie znajduje podstaw zarzut naruszenia prawa materialnego polegający na zystania ze środka ochrony prawnej w przyjęciu, ego ocenie, rozstrzygnięcie podjęte przez iż skarżący winien zastosować do ewentualnego wykluczenia wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 10

Pzp, a nie art. 24 ust 2 pkt 2 i tym samym wystąpić do wykonawcy o uzupełnienie oświadczenia w trybie art. 26 ust 3 Pzp. Zdaniem Sądu Okręgowego zarzut ten jest o tyle nietrafny, gdyż - wbrew stanowisku Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w zaskarżonym wyroku - wykonawca był uprawniony do wskazania potencjału kadrowego dla wykonania zamówienia spośród osób związanych z jego podwykonawcą.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy m.in. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zatem zarówno w odniesieniu do potencjału technicznego, jak i do osób zdolnych do wykonania zamówienia, ustawodawca stawia wykonawcy wymóg „dysponowania” nimi. W odniesieniu do potencjału technicznego wskazuje się, iż dysponowanie tymże potencjałem oznacza, że o udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się każdy wykonawca, który jest w stanie zapewnić odpowiedni potencjał. Nie ma przy tym znaczenia podstawa prawna korzystania ze sprzętu. Za potencjał, którym dysponuje wykonawca, będzie więc uznany zarówno sprzęt stanowiący własność wykonawcy, jak i np. użyczony lub należący do podwykonawców. Na tę ostatnią możliwość w sposób niebudzący wątpliwości wskazał w swoim orzecznictwie ETS (tak: W Dzierżanowski w komentarzu do art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych [w:] M. Stachowiak i inni, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2007 wyd. III).

Uwagi te odnieść należy także do dysponowania potencjałem ludzkim, a więc do dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Bez względu na to na jakiej podstawie wykonawca dysponuje takimi osobami, jest on uprawniony do ich wskazania w ofercie dla wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z zapisu ustawy nie wynika, aby wykonawca musiał być związany z takimi osobami stosunkiem pracy czy też jakimkolwiek innym węzłem obligacyjnym. Pojęcie „dysponuje” niewątpliwie jest szersze aniżeli pojęcie „zatrudnia” czy „jest związany umową”. Oznacza to więc tyle, iż ustawodawca dopuszcza dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia na jakiegokolwiek podstawie. W pojęciu tym mieści się także sytuacja, gdzie „osoba zdolna do wykonania zamówienia” wymagana w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przez zamawiającego, nie jest związana żadnym bezpośrednim stosunkiem z wykonawcą składającym ofertę, jest natomiast związana z jego podwykonawcą, a podwykonawstwo jest zapewnione i potwierdzone.

Tego rodzaju interpretacja zapisu ustawowego odnoszącego się do wymogu dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia znajduje swoje uzasadnienie w treści dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE L uwzględniona przez polskiego ustawodawcę w zamówień publicznych, stąd jej zapisy należy b:

krajowych. Zamiarem ustawodawcy nie było bowiem przyjęcie rozwiązań ustawowych, które byłyby sprzeczne z dyrektywą unijną.

z dnia 30.04.2004 r.). Dyrektywa ta była procesie legislacyjnym ustawy Prawo

Zgodnie z art. 48 ust. 2 pkt b dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w zależności charakteru, ilości lub znaczenia, a także oć

■ać pod uwagę przy wykładni przepisów

przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawcy może stanowić wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są one częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych, odpowiedzialnych za kontrolę jakości, zaś w przypadku

zamówień na roboty budowlane - tych, którymi dysponował do wykonania robót budowlanych. Z wskazano wprost, iż wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji dowieść instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował zamówienia, na przykład przedstawiając w tym oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

ten przedsiębiorca budowlany będzie kolei w art. 48 ust. 3 tejsze dyrektywy

Wynika z tego jednoznacznie, iż dla wykazania warunku dysponowania właściwym potencjałem, zdolnym do wykonania zamówienia, dopuszczalne jest przedstawienie przez wykonawcę nie tylko własnych zasobów, ale także zasobów innych podmiotów, pod warunkiem jednak że wykonawca wykaże, iż będzie nimi dysponował do realizacji zamówienia.

zasobami niezbędnymi do realizacji celu zobowiązanie tych podmiotów do

W niniejszej sprawie wykonawca - „Strabag należycie, iż będzie dysponował osobą spełniającą Kierownika Robót Sanitarnych, tj. Henrykiem Jani- wykonawca przedłożył bowiem zobowiązanie do w: „KONCEPT” spółki z o.o. w Bogdańcu z dnia 22 realizacji zamówienia funkcję kierownika robót

” spółka z o.o. w Warszawie wykazał magania zamawiającego na stanowisko < kim. W toku czynności wyjaśniających soółpracy swojego podwykonawcy PPHU 04.2008 r., w którym wskazano, iż przy itanych pełnić będzie Henryk Janicki.

Ponadto przedstawiono także umowę zlecenia z dnia 01.01.2008 r. zawartą pomiędzy PPHU „KONCEPT” spółką z o.o. a Henrykiem Janickim, zgodnie z którą ten ostatni zobowiązał się do współpracy w zakresie organizacji przetargów oraz wyraził zgodę na przedłożenie jego dokumentów zawodowych w tym zakresie oraz zobowiązał się do wykonywania obowiązków kierownika robót. Skoro zatem Henryk Janicki pozostawał w dyspozycji spółki PPHU „KONCEPT” - podwykonawcy spółki „Strabag”, to wykonawca mógł zgłosić jego osobę na funkcję kierownika robót sanitarnych przy realizacji przedmiotu zamówienia. Oświadczenie Henryka Janickiego złożone później, iż nie wyraża on zgody na objęcie stanowiska kierownika robót sanitarnych, nie może mieć wpływu na ocenę prawidłowości oferty złożonej przez wykonawcę, w tym zwłaszcza nie może prowadzić do wniosku, iż wykonawca złożył nieprawdziwe oświadczenie, co skutkowałoby jego wykluczeniem z postępowania o udzielenie zamówienia.

Skoro bowiem, jak wskazano to wyżej, wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, to dopuszczalne było wskazanie w ofercie na funkcję kierownika robót sanitarnych osoby, którą łączyło zobowiązanie z podwykonawcą, a podwykonawca z kolei zobowiązał się względem wykonawcy do wykonania robót sanitarnych. Ciąg tego rodzaju zobowiązań wypełnia pojęcie „dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia”, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Z tego też względu niezasadne jest stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, wedle którego wykonawca nie spełniał warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp), a przed ewentualnym wykluczeniem go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Nie znajduje także podstaw podniesiony w skardze zarzut, iż wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, bez uprzedniego wzywania go do uzupełnienia oświadczenia o dysponowaniu osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Bezzasadny okazał się również drugi z zarzutów sformułowanych w skardze - sprzeczności istotnych ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej z treścią zebranego w sprawie materiału przez przyjęcie, iż skarżący nie udowodnił, że wykonawca złożył nieprawdziwą informację oraz że złożona przez wykonawcę oferta w części dotyczącej ilości

wykonywanych robót i cen jednostkowych jest zgodna z SIWZ, a tym samym nie podlega odrzuceniu w trybie art. 89 ust 1. pkt 2 Pzp.

Słusznie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, iż przedstawienie sposobu kalkulacji nie było wymagane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W pkt 12.2 SIWZ zamawiający określił jakie dokumenty winny stanowić zawartość oferty. W zakresie ceny dokur

Rozliczeniowych. Przy czym w myśl postan

wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje,

kolei według pkt 14.2 SIWZ cenę oferty należało zawartych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych przez wykonawcę zgodnie z zasadami podanymi w i Odbioru Robót i Dokumentacji Projektowej.

entem tym była Tabela Elementów
w pkt 14.1 SIWZ obliczona przez
wymagania i warunki podane w SIWZ. Z
obliczyć na podstawie zakresu i ilości -
oraz cen jednostkowych skalkulowanych
Specyfikacjach Technicznych Wykonania

Z powyższego wynika, iż wykonawca nie

żadnych dokumentów, z których wynikałby sposób wyliczenia ceny. Wymaganym dokumentem tym zakresie była jedynie wypełniona Tabela Elementów Rozliczeniowych, którą wykonawca przedstawił. Stanowisko skarżącego, wedle którego Tabela Elementów

miał obowiązek załączania do oferty

Rozliczeniowych nie jest samoistnym dokumentu niezrozumiałe, skoro był to jedyny wymagany przy obliczenia ceny. Choć obliczenie to rzeczywiście w: w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbio jednak przedstawienie sposobu tego obliczenia nie było przez specyfikację wymagane. Z tego względu nie znajdowało podstaw uznanie przez zamawiającego, że oferta jest niezgodna ze specyfikacją - na podstawie dokumentów przedstawionych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w ramach wyjaśniania czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a stanowiących wyciąg z programu kalkulacyjnego wykonawcy.

W myśl pkt 14.3 SIWZ kontrakt (umowa) miał być rozliczany metodą obmiarową, m w zakresie treści SIWZ jest więc
zgodnie z warunkami umowy. Oznacza to tyle, że ostateczne wynagrodzenie wykonawcy ez SIWZ dokument dotyczący sposobu
będzie wynikiem iloczynu ilości wykonanych przez niego robót i cen jednostkowych nno nastąpić w oparciu o zasady podane
podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych załączonej do oferty. Skoro zaś Tabelę r Robót i Dokumentacji Projektowej, to
tę
wykonawca wypełnił prawidłowo, to brak było podstaw do uznania, że jego oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji. Zauważyć także należy, iż postępowanie wyjaśniające było prowadzone przez zamawiającego w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W wyniku jego przeprowadzenia zamawiający nie stwierdził tej okoliczności, uznał natomiast że wyjaśnienia wykonawcy przesadzają o niezgodności oferty z SIWZ. Tymczasem analiza oferty, a nie wyjaśnień wykonawcy złożonych w celu ustalenia czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, nie prowadzi do stwierdzenia takiej niezgodności.

W świetle powyższego wniesioną skargę Sąd uznał za bezzasadną i podlegającą oddaleniu, o czym orzekł na podstawie art. 198 ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania skargowego Sąd orzekł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Skarżący postępowanie to przegrał, z zatem winien był zwrócić wykonawcy poniesione przez niego koszty postępowania skargowego. Jedynym ich składnikiem były koszty zastępstwa

procesowego, których wysokość na kwotę 3.600 zł Sąd ustalił w oparciu o § 12 ust. 1 pkt 1 i § 6 pkt 7 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (...) - Dz. U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.

SSR (del.) Paweł Wachowiak

**Właściwe podpis
na oryginale**