

WYROK
z dnia 4 marca 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie: –

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2016 r. przez **Zakład Usługowo-Handlowy „KONSPOŻ” Spółka jawna L.M., K.P. z siedzibą w Elizówce**, w postępowaniu prowadzonym **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie**, przy udziale **G.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi PPOŻ i BHP Strażpol G.G.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i nakazuje odrzucenie oferty G.G. Zamawiającemu prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi PPOŻ i BHP Strażpol G.G. w zakresie zadania 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. na rzecz Zakładu Usługowo-Handlowego „KONSPOŻ” Spółka

jawna L.M., K.P. kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. – Warszawie S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie – zamówienia publicznego pn.: *Przegląd, konserwacja i naprawa instalacji, sprzętu i urządzeń przeciwpożarowych oraz hydrantów sieci wodociągowej z podziałem na zadania: Zadanie nr 1 – Wykonanie przeglądu, konserwacji i naprawy gaśnic przenośnych, gaśnic przewoźnych, instalacji hydrantowych w tym pompowni przeciwpożarowych, hydrantów przeciwpożarowych wewnętrznych i zewnętrznych, węży stanowiących wyposażenie hydrantów w obiektach komórek organizacyjnych, zadanie nr 2 – Przegląd hydrantów sieci wodociągowej wraz zbadaniem ciśnienia i wydajności na terenie Miasta St. Warszawy (z wyłączeniem Dzielnicy Ursus), Zadanie nr 3 – Przegląd instalacji stałego punktu gaśniczego – azotu – w silosie*

wysuszonego osadu.

W dniu 19 lutego 2016 r. wykonawca Zakład Usługowo-Handlowy „KONSPOŻ” Spółka jawna L.M., K.P. wniósł odwołanie (dotyczące zadania 2) wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy G.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Strażpol (dalej: Strażpol) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz wobec zaniechania ujawnienia dokumentów zastrzeżonych przez ww. wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1 i 3, art. 8, art. 22 ust. 1 pkt 2 i ust. 5, art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4, art. 90 ust. 2 i 3, art. 91 ust. 1 oraz art. 96 ust. 3 ustawy Pzp, a także § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231).

Odwołujący wskazał, że w dniu 10 lutego 2016 r. Zamawiający wybrał ofertę Strażpol jako najkorzystniejszą, mimo istnienia podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Po zbadaniu referencji oraz wykazu usług głównych (już po pierwotnym wyborze ofert), po zapytaniu Odwołującego, Zamawiający unieważnił wybór oferty Strażpol i pismem z dnia 29 grudnia 2015r. wezwał Strażpol do złożenia uzupełnienia i wyjaśnienia w związku z niewykazaniem spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 5.1.2 ppkt b SIWZ. Zamawiający zażądał informacji z uwagi na fakt, że w ramach usług wykazanych w poz. 2.1, 2.2, 2.3 wykazu usług z dnia 23 listopada 2015 r. Strażpol zrealizował dla Zamawiającego usługi

3

w mniejszym zakresie, a wartość zakresu wymaganych usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest znacznie niższa. Ponadto Strażpol wobec pozostałych usług wykazanych w wykazie nie przedstawił dowodów, że zostały wykonane należycie. Natomiast w odniesieniu do usługi polegającej na przeglądzie konserwacyjnym sprzętu gaśniczego wykonawca przedstawił wartość dotyczącą realizacji całego przedmiotu zamówienia, bez odniesienia się do wartości prac niezbędnej dla wykazania warunku z pkt 5.1.2 ppkt b SIWZ. W piśmie z dnia 4 stycznia 2016 r. Strażpol zastrzegł informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte w piśmie z tej samej daty z załącznikami, w tym załączniki nr 1 i 2 dotyczące kontrahentów oraz kwot wynikających z realizacji prac, w tym wykaz głównych usług wraz z wykazem dowodów czy usługi zostały wykonane należycie.

Odwołujący wskazał, że pismem z 19 stycznia 2016 r. Zamawiający ponownie wezwał G.G. do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie wątpliwości Zamawiającego dotyczących zagadnień częściowo pokrywających się z poprzednim pismem: czy wykazane wartości głównych usług odnoszą się do usług polegających na wykonaniu przeglądów hydrantów sieci wodociągowej wraz z badaniem ciśnienia i wydajności (jak poprzednio), a także do terminu wykonania usług. Zamawiający jednocześnie wskazał, jakie referencje nie potwierdzają należytego wykonania usługi i niezgodności okresu jej wykonania. W piśmie z dnia 22 stycznia 2016 r. wykonawca ponownie złożył pismo z zastrzeżeniem informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa zawartych w piśmie z tej samej daty z załącznikami, w tym załącznikami nr 1, 2 i 3 dotyczących kontrahentów oraz kwot wynikających z realizacji prac, w tym wykaz głównych usług wraz z wykazem dowodów czy usługi zostały wykonane należycie.

Z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z 27 stycznia 2016 r. wynika, że Zamawiający nadal miał wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy oraz zażądał od osób trzecich potwierdzenia zakresu wykonanych prac ich terminu i wartości odnoszących się tylko do warunku określonego w pkt 5.1.2 ppkt b SIWZ. Zatem trzykrotnie Zamawiający wyjaśniał tę samą okoliczność: jaką część w wykazanych usługach stanowią usługi polegające na wykonaniu przeglądów hydrantów sieci wodociągowej wraz z badaniem ciśnienia i wydajności. Zarówno pisma Zamawiającego do osób trzecich, jak i wniesione przez osoby trzecie w odpowiedzi na powyższe nie zostały udostępnione przez Zamawiającego Odwołującemu. Z powyższego wynika, że Zamawiający przez wielokrotne wzywanie wykonawcy oraz osób trzecich naruszył zasady równego traktowania wykonawców, preferował jednego wykonawcę. Ponadto Zamawiający bez podstawy prawnej utajnił korespondencję z osobami trzecimi w sprawie oferty G.G. oraz część protokołu komisji przetargowej.

Odwołujący wskazał, że z protokołu posiedzenia komisji przetargowej z 27 stycznia 2016 r. wynika, że po uprzednich wezwaniach wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dwukrotnym składaniu pism i dokumentów komisja przetargowa nadal miała wątpliwości co do wiarygodności wykonawcy oraz zakresu wykonanych prac. Wezwanie osób trzecich było błędem, ponieważ osoby trzecie mogły jedynie potwierdzić lub nie należyte wykonanie umowy, a nie to, czy wskazane w wykazie głównych usług prace co do terminu i wartości odnosiły się tylko do warunku określonego w pkt 5.1.2 ppkt b SIWZ, czy były szersze. Takie działanie – zdaniem Odwołującego – narusza § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Referencje nie służą, co do zasady, wykazaniu zakresu robót czy ich zgodności z warunkiem postawionym dla wykazania doświadczenia. Odwołujący podniósł, że celem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania usługi, dostawy czy roboty budowlanej. Zatem informacje dotyczące zakresu zrealizowanej usługi, wobec braku takiej informacji w treści złożonych referencji, wynikać powinny z samego oświadczenia wykonawcy złożonego w treści oferty, a więc z treści złożonego wykazu. Skoro więc z wykazu nie wynikał zakres zrealizowanych usług zamawiający powinien był wezwać wykonawców o złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Dokument referencji nie służy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego do potwierdzania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu ocenia się na podstawie oświadczenia wykonawcy, zawartego w wykazie wykonanych prac. Jeżeli zamawiający uzna, że oświadczenie wykonawcy odnośnie spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest niejasne, budzi wątpliwości, nie potwierdza jednoznacznie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, brakuje w nim wskazania niektórych elementów, ma prawo je weryfikować, i to w dwojaki sposób – na podstawie § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane lub art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Pzp. W sytuacji, gdy oferent nie wykazał powyższego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dalsze wzywanie go do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 jest zbędne. Wobec powyższego Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Jeżeli wykonawca po wezwaniu Zamawiającego, dotyczącego wyjaśnienia zakresu wykonanych prac i ich wartości odnoszących się tylko do warunku określonego w pkt 5.1.2 ppkt b SIWZ nie przedstawił odpowiednich wyjaśnień i nie rozwił wątpliwości Zamawiającego po dokonaniu wezwania, należało uznać, że nie potwierdził prawdziwości swojego oświadczenia i nie wykazał spełnienia powyższego warunku, zatem podlegał wykluczeniu. Faworyzowanie jednego wykonawcy poprzez wielokrotne wezwania stawia pod

znakiem zapytania bezstronność Zamawiającego i stanowi naruszenie zasady równego traktowania stron w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 8 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne, a zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.

Odwołujący wskazał, że Strażpol zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w pismach:

- z dnia 4 stycznia 2016 r., w tym załączników nr 1 i 2 dotyczących kontrahentów oraz kwot – wynikających z realizacji prac, w tym wykaz głównych usług wraz z wykazem dowodów czy usługi zostały wykonane należyście;
- z dnia 22 stycznia 2016 r., załączników nr 1, 2 i 3 dotyczących kontrahentów oraz kwot wynikających z realizacji prac, w tym wykaz głównych usług wraz z wykazem dowodów czy usługi zostały wykonane należyście.

W ocenie Odwołującego, zastrzeżenie to jest spóźnione, ponieważ na etapie składania oferty wykonawca nie zastrzegł wskazanych informacji jako tajemnicy

Ponadto przedsiębiorstwa. zastrzeżenie dotyczy jedynie informacji dotyczących kontrahentów oraz kwot wynikających z realizacji prac. Zamawiający natomiast nie

udostępnił w ogóle żadnych opisanych powyżej dokumentów, działając wbrew przepisom oraz dyspozycji wykonawcy. Odwołujący podkreślił, że informacje kto dokonuje przeglądu hydrantów są ujawnione do wiadomości publicznej poprzez umieszczenie kontrolki na hydrancie. Ponadto sam wykonawca w pismach z dnia 4 i 22 stycznia 2016 r. wskazał podmioty, na rzecz których wykonywał roboty. Dodatkowo wskazać należy, że Mazowiecki Instytut Kultury w Warszawie, PGE Dystrybucja SA oraz MPWiK w Warszawie nie są podmiotami prywatnymi.

Odwołujący podniósł, że naruszenie zasady jawności postępowania, w tym prawa wglądu do pełnej treści oferty powoduje uszczerbek prawny w uzyskaniu zamówienia lub zagraża jego powstaniem. Zamawiający ma obowiązek samodzielnej weryfikacji skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest jawność postępowania, dokumentacji utrwalającej jego przebieg, a także treści ofert składanych przez wykonawców jako załączników do protokołu (art. 96 ust. 2 i 3 ustawy PZP), a przepis art. 8 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyjątek od zasady. Dodatkowo żaden przepis nie upoważnia Zamawiającego do prowadzenia korespondencji z uczestnikiem postępowania dotyczącej wyłączenia jawności dostępu do dokumentów. Obok dokumentów wskazanych przez wykonawcę Zamawiający bez podstawy prawnej

6

utajnił korespondencję z osobami trzecimi w sprawie oferty G.G. oraz część protokołu komisji przetargowej. Takie działanie stanowi naruszenie zasady równego traktowania uczestników postępowania oraz art. 8 i art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że naruszenie przepisów w zakresie zaniechania odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa może mieć wpływ na wynik postępowania i powinno skutkować uwzględnieniem odwołania. Zastrzeżenie informacji zawartych w złożonych pismach przez Strażpol jest sposobem na pozbawianie konkurenta możliwości podważenia i zaskarżenia dokumentów i danych zawartych w złożonych pismach. Z zastrzeżeniem prawa do utajniania niektórych informacji, prawo to nie może uchybiać zasadzie jawności służącej najczęściej w praktyce umożliwieniu wzajemnej kontroli przez wykonawców konkurujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł naruszenie przez Zamawiającego naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Strażpol, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z 5.1.2 pkt b SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące: posiadania wiedzy i doświadczenia, w szczególności Wykonawcy którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie wykonali: w zakresie zadania 2 – co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na wykonaniu przeglądów hydrantów sieci wodociągowej wraz z badaniem ciśnienia i wydajności o łącznej wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 200.000,00 zł (bez podatku VAT). Na podstawie 6.1.3 SIWZ w celu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 5.1.2 Wykonawca przedstawi: a) wykaz głównych usług, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie (np. na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do ID W, Część I SIWZ).

Wykonawca Strażpol w tabeli stanowiącej załącznik do wykazu głównych usług do zadania nr 2 wykazał wykonanie następujących usług na rzecz Zamawiającego:

przegląd, konserwacja i naprawa sprzętu p.poż. tj. gaśnic, agregatów gaśniczych, – hydrantów, węży p.poż., za okres 7 maja 2012 r. do 31 grudnia 2012 r., na kwotę 49.800 zł;
przegląd, konserwacja i naprawa sprzętu p.poż. -tj. gaśnic, agregatów gaśniczych, – hydrantów, węży p.poż., za okres 21 maja 2014 r. do 31 grudnia 2014 r., na kwotę 47.518 zł,

7

przegląd, konserwacja i naprawa sprzętu oraz urządzeń p.poż. tj. gaśnic przenośnych, – gaśnic przewoźnych, instalacji hydrantowych, w tym pompowni przeciwpożarowych,

hydrantów wewnętrznych i zewnętrznych, węży stanowiących wyposażenie hydrantów z podziałem na zadania w placówkach Zamawiającego, za okres od 3 marca 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. na kwotę 41.780 zł.

Ponadto wykonawca Strażpol wskazał:

usługi polegające na wykonaniu określonych przeglądów sprzętu ppoż. w jednostkach – organizacyjnych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa o wartości 29.180 zł, przeglądy konserwacyjne sprzętu gaśniczego, tj. gaśnic, hydrantów wewnętrznych, – hydrantów zewnętrznych, znajdujących się w określonych obiektach Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej o wartości 18.400 zł; przeglądy konserwacyjne hydrantów wewnętrznych i zewnętrznych w Publicznym – Samodzielnym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Centrum Medycznego w Opolu o wartości 2.240 zł; konserwacja i badanie hydrantów zewnętrznych oraz wewnętrznych w Hotelu Bristol – w Warszawie o wartości 2.400 zł; stały nadzór z zakresu ochrony przeciwpożarowej w API Market sp. z o.o. w Wołominie – o wartości 72.000 zł; stały nadzór z zakresu ochrony przeciwpożarowej w Mazowieckim Instytucie Kultury – w Warszawie o wartości 36.000 zł.

Odwołujący podniósł, że wskazane przez Strażpol roboty w zakresie opisu zadania są znacznie szersze niż określony w SIWZ warunek postawiony przez Zamawiającego. Głównym świadczeniem w zakresie wyżej opisanych zadań nie była konserwacja hydrantów. W zamówieniach udzielonych przez Zamawiającego za rok 2012 i 2014 przegląd, konserwacja i naprawa hydrantów stanowi wycinek zadania, a nie usługę główną. Sam Zamawiający w protokole posiedzenia komisji z dnia 28 grudnia 2015 r. wykazał, że z wyżej opisanych usług wykonanych na rzecz Zamawiającego Strażpol wykonał przegląd hydrantów na kwotę 10.260 zł, podczas gdy wykazał kwotę łączną 139.098 zł. Zdaniem Odwołującego, ww. wykonawca podał nieprawdę w oświadczeniu o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu, a także wykazie głównych usług.

Odwołujący podniósł, że nie jest jasny zakres wykonanych usług w ramach zadania polegającego na przeglądach sprzętu ppoż. w jednostkach organizacyjnych PGE Dystrybucja SA Oddział Warszawa. Tak określony zakres nie jest tożsamy z przeglądem hydrantów sieci wodociągowej wraz z badaniem ciśnienia i wydajności. Sprzęt przeciwpożarowy to np. gaśnice, agregaty proshkowe, armatura pożarnicza, węże

pożarnicze, skrzynki na gaśnice. Przegląd tych sprzętów nie daje podstaw do wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia w przedmiotowym postępowaniu. Z umów przedstawionych przez Strażpol wynika, że za przegląd hydrantu pobierał kwotę 35 zł netto, umowa nie wykazuje ilości hydrantów. W wykazie usług głównych wykonawca ten wskazał zsumowane kwoty łącznego wynagrodzenia z dwóch umów 29.180zł (par. 3 ust 6 umów), mimo że treść umowy wskazuje na inne elementy zawarte w wynagrodzeniu (gaśnice proshkowe, śniegowe, koce, agregaty, próby ciśnieniowe węża). Brak jest potwierdzenia należytego wykonania tych usług.

Również w zakresie przedstawionych do wykazu głównych usług przeglądów konserwacyjnych sprzętu gaśniczego, tj. gaśnic, hydrantów wewnętrznych, hydrantów zewnętrznych, znajdujących się w obiektach Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej Odwołujący podniósł, że nie określono jaka część wynagrodzenia przypada na przeglądy hydrantów sieci wodociągowej. Wykonawca w zakresie ww. umowy nie wykazał, aby wykonywał badanie ciśnienia i wydajności hydrantów. Z umowy zawartej z Polską Agencją Żeglugi Powietrznej wynika, że M.G. wykonywała m.in. przegląd hydrantów 24 sztuk hydrantów zewnętrznych bez badania ciśnienia, w niewielkim zakresie w stosunku do całości zobowiązań umownych, G.G. wykazał zaś wartość wykonanych usług na całość wynagrodzenia z umowy. W wykazie głównych usług dołączonych do oferty z dnia 23 listopada 2015 r. G.G. wykazał, że sam wykonał usługi na rzecz Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej, co już wprowadziło w błąd Zamawiającego i doprowadziło do wyboru jego oferty w dniu 15 grudnia 2015 r. Brak jest okazania jakiegokolwiek umowy między M.G. i G.G.. Istotna jest również zbieżność nazwisk.

Odwołujący podniósł także, że usługi polegające na stałym nadzorze z zakresu ochrony przeciwpożarowej w API Market sp. z o.o. w Wołominie oraz w Mazowieckim

Institucie Kultury w Warszawie nie pokrywają się rzeczowo z przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie. Wykonawca nie wykazał, że we wskazanym zakresie wykonywał przeglądy hydrantów sieci wodociągowej i o jakie wynagrodzenie otrzymał za ten zakres. Nie wykazał również, aby w zakresie usług wykonywał badanie ciśnienia i wydajności hydrantów. W wyniku przeprowadzonej wizji lokalnej ustalono przykładowo, że we wszystkich 18 obiektach zarządzanych przez API Market Sp. z o.o. w Wołominie (sklepach spożywczych) jest po jednym hydrancie, bądź nie ma wcale. Strażpol zaś w wykazie głównych usług wskazał, że w tym zakresie wykonał usługę za 72.000 zł. W pismach do Zamawiającego z dnia 4 i 22 stycznia 2016 r. wykonawca wskazał, że główne umowy przedstawione przez niego dotyczą kompleksowej obsługi w zakresie ochrony przeciwpożarowej. W piśmie z dnia 4 stycznia 2016 r. G.G. wyraźnie wskazał, że większość świadczonych usług w wykazie usług głównych prowadzi jako stałe nadzory lub współpracę w poszczególnych obiektach.

9

Nie jest jasne zatem, czy w wykazanych dokumentach występował również jako podwykonawca, tak jak w przypadku Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej (jeżeli prowadzi „współpracę”), a jeżeli tak, czy usługi takie były rzeczywiście zrealizowane i w jakim zakresie.

W związku z powyższym – zdaniem Odwołującego – należy uznać, że wykonawca Strażpol nie wykazał aby zakres wykonanych usług pokrywał się z treścią warunku udziału w postępowaniu przewidzianego przez zamawiającego w SIWZ pkt 5.1.2 ppkt b.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 22 ust. 5 ustawy Pzp poprzez udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi, który podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Wskazał, że potencjał techniczny „odpowiedni” do realizacji przedmiotu zamówienia potencjał, konieczny i niezbędny do prawidłowego i rzetelnego wykonania zadań, objętych zamówieniem. Celem opisanych przez Zamawiającego wymagań w zakresie potencjału technicznego jest weryfikacja zdolności wykonawcy do rzetelnego wykonania udzielanego zamówienia publicznego. Zamawiający, opisując warunki udziału w postępowaniu dąży do sprawdzenia, czy dany podmiot jest w istocie zdolny do realizacji zamówienia tj. czy posiada niezbędny potencjał techniczny (osobowy i sprzętowy) i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia publicznego.

Dalej Odwołujący podniósł, że naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegało na zaniechaniu wykluczenia Strażpol z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania: złożenia oświadczenia wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, że ww. wykonawca spełnia warunki art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawdziwe informacje, które podał wykonawca dotyczyły zarówno spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, podczas gdy z wyjaśnień co do kalkulacji ceny wynika, że wykonawca takich warunków nie spełnia. Cena oferty Strażpol zawiera niedoszacowane koszty wynagrodzeń pracowników, zbyt niską ich obsadę, nie ujmuje kosztów zajęcia pasa drogi, zbyt nisko wycenia koszty naprawy uszkodzonych hydrantów, które wg wizji lokalnej są w złym stanie technicznym, ani kosztów rękojmi i gwarancji. Oznacza to, że wykonawca nie dysponuje odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący podniósł, że niedopuszczalne jest zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi. Uzasadnione jest to koniecznością bezwzględnego stosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i w konsekwencji eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez umożliwienia mu uzupełnienia dokumentów.

10

Zdaniem Odwołującego wykaz głównych usług złożony w dniu 23 listopada 2015 r. przez G.G. zawiera informacje nieprawdziwe.

Zdaniem Odwołującego, cena oferty Strażpol jest ceną niewiarygodną i nierealistyczną, zwłaszcza w odniesieniu do cen rynkowych, cen zaoferowanych przez innych wykonawców oraz do ceny oszacowanej przez Zamawiającego. Zamawiający oszacował wartość zadania 2 na kwotę 1.950.000,00 zł bez podatku VAT, podczas gdy Strażpol wskazał jako wartość wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie zadania 2 kwotę 1.092.000,00 zł netto. Wątpliwość budzi również fakt, że w odniesieniu do takiego

samemu zadaniu w ramach prowadzonego przez Zamawiającego w grudniu 2014 r. postępowania przetargowego 03391/WS/PW/PZL-DZA-WRO/U/2014, w okresie od 3 marca 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. za wykonanie przeglądu 32.000 hydrantów Wykonawca G.G. wskazał w treści oferty wynagrodzenie o wartości 39.320.640,00 zł brutto, w tym za wykonanie przeglądu jednego hydrantu wraz z badaniem ciśnienia i wydajności wynagrodzenie 1.228,77 zł brutto. Tabela kalkulacyjna ceny oferty wskazana przez Strażpol na poparcie prawidłowości wskazanej przez siebie ceny usługi jest niejednoznaczna, nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Wykonawca nie przedstawił żadnych dowodów do twierdzeń pisma wyjaśniającego rażąco niską cenę na żądanie Zamawiającego. Zawarcie umowy z tym wykonawcą grozi niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia. Zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferta ta powinna zostać odrzucona ze względu na rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w oparciu o posiadane doświadczenie, dokonane kalkulacje, wiedzę w zakresie cen kształtujących się na rynku usług objętych przedmiotem zamówienia uznał, że zaproponowana przez Strażpol cena jest ceną nierealną i nie daje rękojmi rzetelnego i zgodnego z SIWZ wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Strażpol w pismach z 26 listopada 2015 r. oraz z 4 grudnia 2015 r. przedstawił jedynie tabele zawierające grupy składników cenotwórczych. Oferent nie wyjaśnił oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Do pism nie dołączono żadnych dowodów. Wyjaśnienia nie pozwalają na stwierdzenie, że cena została ustalona prawidłowo z uwagi na obiektywne czynniki, wyróżniające go spośród innych wykonawców działających na rynku, co uzasadniałoby obniżenie ceny. Wykonawca powołał się na sprzyjające warunki wykonania zamówienia, podając ogólnikowe tezy dla ich poparcia. Nie wykazał, że sprzyjające warunki

11

wykonywania zamówienia w rzeczywistości zaistniały, są dostępne wyłącznie jemu, ani że mają charakter wyjątkowy. Czynniki wskazywane w wyjaśnieniach nie mają charakteru wyróżniającego: posiadanie sprzętu nie jest żadnym wyjątkowym warunkiem. Natomiast zwiększenie sił i środków nie znajduje potwierdzenia w wysokości założonych kwot na wynagrodzenia, które nie są wystarczające dla należytego wykonania zamówienia w założonym terminie. Zatem sam oferent potwierdza, że w jego przypadku dla wykonania umowy niezbędne jest zwiększenie sił i środków w stosunku do ubiegłych lat, co przesądza o tym, że wykazane referencje nie potwierdzają wiedzy i doświadczenia porównywalnego z przedmiotem zamówienia w niniejszej sprawie. Postawione w wyjaśnieniach tezy pozostają bez związku z kalkulacją ceny oferty, gdyż tabela zawierająca kalkulację ceny jest ogólnikowa i nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych do prawidłowego wykonania zamówienia. Wskazanie na lokalizację zakładu napraw podręcznego sprzętu gaśniczego nie ma związku z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wskazał, że według wyjaśnień złożonych przez Strażpol łączny koszt wynagrodzenia pracowników to 300.000 zł. Tak wyliczona kwota wskazuje, że wykonawca nie ma wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania przeglądów, konserwacji i naprawy dużej ilości hydrantów. Wg doświadczeń Odwołującego w 8 godzinnym czasie pracy w ciągu jednego dnia można wykonać pomiar 25 szt. hydrantów zewnętrznych (1 grupa – 2 osoby). Przyjmując do wykonania ok. 4.000 hydrantów w okresie miesięcznym, przy założeniu 20 dni roboczych wykonawca musi dziennie dokonać przeglądu i konserwacji ok. 200 szt. hydrantów zewnętrznych. Wskazana ilość hydrantów wymusza dysponowanie minimum ośmioma grupami w składzie dwuosobowym – łącznie 16 osób do pracy czynnej w terenie, jedna osoba koordynująca/nadzorująca prace serwisantów oraz minimum dwie osoby zajmujące się przygotowaniem i przekazaniem dokumentacji. Do realizacji przedmiotowych usług wymagane jest minimum zatrudnienie 19 osób z wymaganymi kwalifikacjami. Dokonując rozliczenia założonego przez oferenta kosztu wynagrodzenia pracowników na okresy miesięczne przyjąć należy, że przewidział kwotę 25.000 zł na miesiąc. Po dokonaniu podziału przewidzianego wynagrodzenia miesięcznego przez kwotę minimalnego wynagrodzenia za pracę w roku 2016 uznać należy, że założone wynagrodzenie miesięczne

przewidziane zostało dla 13,5 osób. Jest to zdecydowanie zbyt mała obsada dla wykonania przeglądów, konserwacji i napraw średnio 4.000 sztuk hydrantów miesięcznie. Już ten element kalkulacji zakłada nienależyte wykonanie umowy, jest założony poniżej koniecznych do poniesienia kosztów. Na obecnym etapie postępowania wobec przedłużania się postępowania z pewnością ilości miesięczne hydrantów ulegną zwiększeniu.

Odwołujący podniósł, że wykonawca nie przewidział w swojej kalkulacji szacunkowych kosztów zajęcia pasa drogowego. Odwołujący wg własnych ustaleń

12

przedstawionych szczegółowo w z dnia 27 listopada 2015r. wskazał, że koszt sporządzenia i uzyskania dokumentacji oraz opłat za dokonanie zajęcia pasa drogi przypadające na jeden hydrant określono w kwocie 5,89 zł. Szacunkowe koszty określono na podstawie oględzin miejsca, dostępnych map Urzędu Miasta Warszawa, ustaleń w Ośrodku Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej Biura Geodezji i Katastru Urzędu m.st. Warszawy, Wydziałów Obsługi Mieszkańców poszczególnych dzielnic Warszawy oraz uchwał Rady Miasta Stołecznego Warszawy w sprawie wysokości stawek opłat za zajęcie pasa drogowego dróg publicznych na obszarze m. st. Warszawy. Założono koszt map/ planów sytuacyjnych w skali 1:1000 (18 dzielnic i każda około 80 sekcji). Każda sekcja to koszt około 73 zł. Zatem orientacyjny koszt dokumentacji to 105.120,00 zł. Opłata za zajęcie pasa drogowego za 1 dzień w wypadku dróg miejskich i powiatowych wynosi 3 zł/m², za zajęcie pasów dzielących torowiska, poboczy, chodników, placów zatok autobusowych, postojowych, ścieżek rowerowych, ciągów pieszych i pieszo – jezdnych wynosi dla dróg miejskich i powiatowych 2 zł/m². W wypadku dróg wojewódzkich opłata wynosi 4 zł/m². Na opłaty za zajęcie pasa drogowego założono kwotę 115.781,00 zł. Koszty sporządzenia projektów organizacji ruchu oszacowano na kwotę 8.775,00 zł. Łącznie na koszty zajęcia pasów drogowych założono kwotę 229.676,00 zł. Przy obliczaniu wskazanej kwoty przyjęto, że 100% ilości hydrantów będzie się znajdować w pasie drogowym. Na jeden hydrant przypada zatem kwota 5,89 zł. Koszt naprawy awarii hydrantów Odwołujący na podstawie doświadczenia określił na kwotę 150.000 zł. Strażpol nie ujął również w swojej kalkulacji kosztu rękopisów i gwarancji. Zgodnie z zapisami SIWZ opis przedmiotu zamówienia dla zadania nr 2 „wykonawca ponosi wszelkie koszty związane z zajęciem terenu, z uszkodzeniem hydrantu podczas wykonywania przeglądu oraz badania wydajności nominalnej. W przypadku spowodowania awarii na kontrolowanym hydrancie, Wykonawca zobowiązany jest do zastosowania urządzenia zamiennego zgodnego ze standardami i wytycznymi Spółki MPWiK.” Oferta Strażpol nie jest zgodna ze specyfikacją, nie zawiera kalkulacji kosztów poniesienia wskazanych zobowiązań. Łączne koszty przypadające na jeden hydrant określone zostały na kwotę 29,14 zł, łącznie 1.286.460 zł. Kwota ta przekracza cenę zaoferowaną przez Strażpol.

Zdaniem Odwołującego, oferta Strażpol nie ujmuje w cenie wszystkich zobowiązań wykonawcy zawartych w SIWZ, w szczególności w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty jako oferty niezgodnej z treścią SIWZ. Oferta G.G. jest niezgodna ze specyfikacją, niezgodność dotyczy zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje Zamawiający i które opisał w SIWZ.

13

Wskazane powyżej argumenty potwierdzają – zdaniem Odwołującego – że G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą STRAŻPOL nie spełnia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz podlega wykluczeniu.

W ocenie Odwołującego, zaoferowanie ceny rażąco niskiej jest przykładem czynu nieuczciwej konkurencji, a nieodrzućenie oferty zawierającej rażąco niską cenę narusza art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie, oferowanie wykonania zamówienia za ceny dumpingowe, stanowi o rażącym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji, nad których przestrzeganiem zobowiązany jest czuwać Zamawiający stosownie do przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 91 ust.

1 ustawy Pzp poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zarazem jedynej ważnej złożonej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia wykonawcy STRAŻPOL, ewentualnie odrzucenie jego oferty oraz dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Odwołujący wniósł również o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu dokumentów, o które wnioskował w piśmie z dnia 17 lutego 2016 r.

Ponadto Odwołujący wniósł o wystąpienie do podmiotów wykazanych przez G.G. w wykazach głównych usług i wystawiających referencje dla G.G. oraz zobowiązanie ich do złożenia do akt oraz w odpisie dla Odwołującego kopii umów zawartych z G.G., faktur wystawionych przez G.G. oraz dokumentacji dotyczącej wykonania umowy (protokołów odbioru ze wskazaniem ilości hydrantów, których dotyczyło wykonanie umowy).

Odwołujący wniósł również o zobowiązanie Zamawiającego do złożenia oświadczenia w kwestii wykonywania we własnym zakresie siłami własnymi przeglądów i konserwacji hydrantów: jaką ilość przeglądów, konserwacji i sporządzenia odpowiedniej dokumentacji hydrantów wykonywali pracownicy Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A, w rozróżnieniu na grupy 1-osobowe, 2-osobowe, w ciągu 1 dnia i 8 godzin pracy (ewentualnie w czasie godzin nadliczbowych lub innych umów niż umowy o pracę).

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi PPOŻ i BHP Strażpol G.G., wnosząc o oddalenie odwołania.

14

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący jako wykonawca, którego oferta – w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze – środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Wartość zamówienia w zakresie zadania 2 została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę 1.950.000,00 zł, jak podano w protokole postępowania – *na podstawie kalkulacji*. Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, to 2.398.500,00 zł. W wyznaczonym terminie złożone zostały 3 oferty z następującymi cenami:

1.295.190,00 zł (WOD-BUD-KAN – wykonawca wykluczony), –

1.343.160,00 zł (Przystępujący), –

1.678.950,00 zł (Odwołujący). –

W dniu 24 listopada 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający wskazał, że dowodami *może być przykładowo szczegółowa kalkulacja czy kosztorys, z tym że Zamawiający przypomina, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy*. Przystępujący złożył wyjaśnienia, w których przedstawił następujące czynniki cenotwórcze (w kwotach netto):

koszty wynagrodzeń pracowników – 300.000,00 zł, –

koszty pośrednie, m.in. paliwo, kontrolki, protokoły, eksploatacja sprzętu, dokumentacja – – 582.000,00 zł,

suma cen – 1.092.000,00 –

zysk – 210.000,00 zł. –

15

Poza powyższym wyszczególnieniem Przystępujący wskazał, że podczas kalkulacji cen wzięto pod uwagę sprzyjające warunki wykonania zamówienia:

- posiadanie wymaganego sprzętu i uprawnień do wykonywania tego rodzaju usług, –
- zwiększenie sił i – środków firmy w stosunku do ubiegłych lat,
- posiadanie doświadczenia w zakresie realizacji zadania, –
- lokalizacja zakładu naprawczego podręcznego sprzętu gaśniczego na terenie Warszawy, –
- co obniża min. koszt paliwa oraz skraca czas dojazdu.

Przystępujący nie załączył do wyjaśnień żadnych dowodów.

W dniu 2 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia wyjaśnień, wskazując, że w przedłożonej kalkulacji kosztów nie przedstawiono pozycji odnośnie ewentualnych kosztów związanych z wymianą uszkodzonych hydrantów. W odpowiedzi Przystępujący poinformował, że ww. koszty zostały uwzględnione w przedstawionym zestawieniu w poz. Nr 2 (koszty pośrednie). Przystępujący przedstawił ponownie kalkulację kosztów, w której opis pozycji *koszty pośrednie* poszerzył o *koszty związane z ewentualną wymianą uszkodzonych hydrantów*.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli i cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Stosownie do art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Na wstępie podkreślić należy, że rozstrzygając sprawę w kontekście przywołanych wyżej przepisów Izba bada nie tyle samą cenę oferty, co czynność Zamawiającego polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień i prawidłowość zaniechania

16

odrzućcenia oferty tego wykonawcy. Przedmiotem odwołania może być bowiem czynność lub zaniechanie zamawiającego (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy wymagało odpowiedzi na pytanie, czy na podstawie przedmiotowych wyjaśnień Zamawiający był uprawniony do wniosku, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie jest rażąco niska. Zatem przedstawienie dowodów na okoliczność prawidłowości ceny musi nastąpić na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, a niewykazanie w tych wyjaśnieniach, że cena jest realna, powoduje po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Próba dowodzenia prawidłowości ceny dopiero na rozprawie, z powoływaniem się na okoliczności niewskazane w wyjaśnieniach (jak do próbował robić Przystępujący powołując się np. na możliwość obniżenia kosztów wynagrodzeń pracowników czy udział praktykantów) jest spóźniona.

W ocenie Izby ww. wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał prawidłowości zaoferowanej ceny.

W związku z tym, że cena oferty wykonawcy Strażpol była niższa o więcej niż 30% od szacunkowej wartości zamówienia, Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Wezwanie wskazywało na konieczność wykazania przez wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp) oraz na obowiązek złożenia stosownych dowodów. Wykonawca Strażpol przedstawił elementy składowe ceny i powołał w wyjaśnieniach okoliczności, które miały świadczyć o możliwości obniżenia ceny oferty, okoliczności te jednak – wbrew obowiązkowi wynikającym z art. 90 ust. 1 i 2 oraz wbrew treści wezwania – były na tyle ogólne, że wykazywały prawidłowości ceny, nie zostały również poparte żadnymi dowodami.

W odniesieniu do obowiązku przedstawienia dowodów Izba wskazuje, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy w każdej sytuacji powołania się na okoliczności, w przypadku których możliwe jest przedłożenie dowodów. Poprzestanie w takiej sytuacji na oświadczeniu własnym wykonawcy jest niewystarczające i czyni wyjaśnienia gołosłownymi. Mogą oczywiście pojawić się w wyjaśnieniach takie okoliczności, w przypadku których złożenie dodatkowych dowodów nie jest niezbędne, a samo oświadczenie wykonawcy pokazuje prawidłowość kalkulacji ceny. Niemniej jednak okoliczności, co do których możliwe jest przedstawienie dowodów, powinny być takimi dowodami poparte.

Wyjaśnienia złożone przez Strażpol zawierały przede wszystkim przedstawienie ceny oferty w rozbiciu na: koszty wynagrodzeń pracowników, koszty pośrednie i zysk. Przedstawiając te składniki ceny wykonawca nie przedstawił żadnych informacji, które pozwalałyby zweryfikować prawidłowość kalkulacji ceny, przykładowo – poinformował o łącznej kwocie planowanych kosztów wynagrodzeń pracowników, nie prezentując nawet

17

założeń, jakie przyjął do obliczenia tych kosztów. Z wyjaśnień nie wynika, wynagrodzenie ilu pracowników wykonawca ujął w kalkulacji ceny, co uniemożliwia zweryfikowanie ani realności ich wynagrodzeń ani możliwości wykonania przez przedmiot zamówienia. Ponadto wykonawca podał jedynie zbiorczą kwotę kosztów pośrednich, obejmujących takie elementy, jak: paliwo, kontrolki, protokoły, eksploatacja sprzętu, dokumentacja, koszty związane z ewentualną wymianą uszkodzonych hydrantów. Tak ogólne przedstawienie struktury ceny trudno uznać za szczegółową kalkulację lub kosztorys, które Zamawiający wskazał w wezwaniu do wyjaśnień jako przykładowe dowody prawidłowości ceny.

Poza tabelą przedstawiającą cenę ofertową w rozbiciu na koszty wynagrodzeń, koszty pośrednie oraz zysk Przystępujący powołał się na okoliczności, z których jedne należy uznać za gołosłowne, inne natomiast – za niebędące okolicznościami szczególnymi, istniejącymi po stronie wykonawcy i pozwalającymi obniżyć cenę oferty. Przystępujący powołał się na *zwiększenie sił i środków firmy w stosunku do ubiegłych lat*, nie przedstawiając żadnych bardziej szczegółowych informacji na ten temat ani dowodów, których przedłożenie w odniesieniu do takiej okoliczności było możliwe. Tak ogólne i jednocześnie gołosłowne twierdzenie nie może stanowić informacji, która wykazywałaby realność zaoferowanej ceny. Nie jest natomiast żadną szczególną okolicznością to, że wykonawca świadczący usługi z zakresu przeglądu, konserwacji i naprawy instalacji, sprzętu i urządzeń przeciwpożarowych oraz hydrantów posiada własny sprzęt i uprawnienia do realizacji tego rodzaju usług. Podobnie posiadanie doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia trudno uznać za okoliczność szczególną, wyróżniającą wykonawcę od innych wykonawców (w postępowaniu mogli wziąć udział wyłącznie wykonawcy posiadający stosowne doświadczenie). Ponadto Przystępujący powołał się na możliwość obniżenia m.in. kosztów paliwa oraz skrócenie czasu dojazdu ze względu na lokalizację zakładu naprawczego podręcznego sprzętu gaśniczego na terenie Warszawy, nie wiadomo jednak, jakie oszczędności z tego tytułu założył i jak przekłada się to np. na wydajność pracy oraz niezbędny stan zatrudnienia.

W ocenie Izby, przedstawienie ceny ofertowej w rozbiciu na koszty wynagrodzeń, koszty pośrednie oraz zysk, przy jednoczesnym braku wykazania i udowodnienia dodatkowych okoliczności pozwalających obniżyć cenę oferty, nie uprawniało Zamawiającego do wniosku, że wykonawca wykazał realność zaoferowanej ceny.

Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia dotyczące ceny były ogólne i niepoparte dowodami, a zatem wykonawca nie wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru wykazania, że cena nie jest rażąco niska.

18

Argumentacja przedstawiona na rozprawie przez Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do tej argumentacji Izba wskazuje przede wszystkim, że nie sposób podzielić stanowiska, jakoby samo przedstawienie elementów składowych ceny w podziale na trzy kategorie pozwalało ocenić ofertę jako prawidłową. Przedstawienie elementów składowych ceny może być pomocne przy ocenie oferty, jednak na takim poziomie ogólności oraz bez wskazania i udowodnienia dodatkowych okoliczności samo w sobie nie może przesądzać o prawidłowości ceny.

Dodatkowo zauważyć należy, że w złożonym podczas posiedzenia Izby piśmie Przystępujący przyznał, że w wyjaśnieniach nie wskazał szczegółowych metod oszczędności wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia. Przystępujący wskazał, że było to spowodowane tym, że nie chciał zdradzać swoich pomysłów zaczerpniętych z innych branż i nie widzi konieczności zdradzania szczegółowych opracowanych metod mających na celu sprawne zrealizowanie usług (wewnętrznych procedur, specjalnie zaprojektowanego i wykonanego na specjalne zamówienie urządzenia testowego). Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że wykonawcy mają możliwość korzystania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z ochrony informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, przy spełnieniu przesłanek określonych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 8 ust. 3 ustawy Pzp). Skuteczne zastrzeżenie takich informacji uniemożliwia zapoznanie się z nimi innym podmiotom niż zamawiający. Chęć ochrony tych informacji nie zwalnia natomiast z obowiązków wykonawcy względem zamawiającego. Przystępujący był obciążony ciężarem wykazania prawidłowości ceny, a chęć ochrony informacji nie zwalniała go z tego ciężaru. Mógł skorzystać z przewidzianych prawem narzędzi do ochrony tych informacji. Skoro tego nie zrobił, naraził się na konsekwencje w postaci odrzucenia oferty z uwagi na niewykazanie prawidłowości ceny.

Izba nie dopatrzyła się natomiast podstaw do uwzględnienia odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W przypadku tego zarzutu, w przeciwieństwie do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 3 ustawy Pzp, ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym. Zarzut rażąco niskiej ceny Izba uznała za zasadny z uwagi na niewywiązanie się Przystępującego z obowiązku wykazania realności ceny. Odwołujący nie wykazał, jaki to czyn nieuczciwej konkurencji, wykraczający poza zaoferowanie ceny, której realności nie wykazano, popełnił Przystępujący. Natomiast oferta z ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia

19

polega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, który jest szczególną przesłanką odnoszącą się do oferowania zaniżonych cen i nie jest w takiej sytuacji konieczne wskazywanie kumulatywnej podstawy odrzucenia oferty, tj. zarówno punktu 3, jak i 4 art. 89 ust. 1 ustawy.

Bezzasadny jest zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ. W zakresie tego zarzutu podkreślić należy, że z odwołania nie sposób powziąć wiedzy, na czym ta niezgodność – zdaniem Odwołującego – miała polegać, tj. w którym elemencie swojego zobowiązania ofertowego Przystępujący zaoferował świadczenie niezgodne z opisanymi w SIWZ wymaganiami. Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, z którym oferta miałaby być niezgodna. Natomiast samo niewykazanie realności ceny oferty, co Izba uznała za zarzut zasadny, nie może być utożsamiane z niezgodnością oferty z treścią SIWZ. Fakt, że wykonawca zdaniem Odwołującego nie wykazał w wyjaśnieniach szczegółowego podziału kosztów, z czego Odwołujący wywodzi ich niedoszacowanie, nie świadczy o tym, że składając ofertę zobowiązał się do wykonania zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a tylko w takiej sytuacji można mówić o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące wiedzy i doświadczenia – którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali: co najmniej 2 (dwie) usługi polegające na wykonaniu przeglądów hydrantów sieci wodociągowej wraz z badaniem ciśnienia i wydajności o łącznej wartości równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 200 000,00 zł (bez podatku VAT) – sekcja III.2.3 pkt 1.1 ppkt b ogłoszenia o zamówieniu, pkt 5.1.2 lit b SIWZ. W celu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 1.1. wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wykaz głównych usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed

upływem terminu składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, wraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie (na formularzu stanowiącym załącznik nr 5 do IDW, Część I SIWZ) – sekcja III.2.3 pkt 2 ogłoszenia o zamówieniu, pkt 6.1.3 SIWZ.

20

Z zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, Zamawiający poinformował, że nie precyzuje w danym zakresie żadnych wymagań, których spełnienie Wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób szczególny, poza złożeniem oświadczenia o spełnieniu warunku – sekcja III.2.3 pkt 1.2 ppkt b ogłoszenia o zamówieniu, pkt 5.1.3 lit. b SIWZ.

Przystępujący przedstawił wraz z ofertą wykaz usług:

- przegląd, konserwacja i naprawa sprzętu p.poż. tj. gaśnic, agregatów gaśniczych, – hydrantów, węży p.poż., za okres 7 maja 2012 r. do 31 grudnia 2012 r., na kwotę 49.800 zł (na rzecz Zamawiającego) – poz. 2.1 wykazu;
- przegląd, konserwacja i naprawa sprzętu p.poż. -tj. gaśnic, agregatów gaśniczych, – hydrantów, węży p.poż., za okres 21 maja 2014 r. do 31 grudnia 2014 r., na kwotę 47.518 zł (na rzecz Zamawiającego) – poz. 2.2 wykazu;
- przegląd, konserwacja i naprawa sprzętu oraz urządzeń p.poż. tj. gaśnic przenośnych, – gaśnic przewoźnych, instalacji hydrantowych, w tym pompowni przeciwpożarowych, hydrantów wewnętrznych i zewnętrznych, węży stanowiących wyposażenie hydrantów z podziałem na zadania w placówkach Zamawiającego, za okres od 3 marca 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. na kwotę 41.780 zł (na rzecz Zamawiającego) – poz. 2.3 wykazu;
- usługi polegające na wykonaniu określonych przeglądów sprzętu p.poż. w jednostkach – organizacyjnych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa o wartości 29.180 zł – poz. 2.4 wykazu;
- przeglądy konserwacyjne sprzętu gaśniczego, tj. gaśnic, hydrantów wewnętrznych, – hydrantów zewnętrznych, znajdujących się w określonych obiektach Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej o wartości 18.400 zł – poz. 2.5 wykazu;
- przeglądy konserwacyjne hydrantów wewnętrznych i zewnętrznych w Publicznym – Samodzielnym Zakładzie Opieki Zdrowotnej Wojewódzkiego Centrum Medycznego w Opolu o wartości 2.240 zł – poz. 2.6 wykazu;
- konserwacja i badanie hydrantów zewnętrznych oraz wewnętrznych w Hotelu Bristol – w Warszawie o wartości 2.400 zł – poz. 2.7 wykazu;
- stały nadzór z zakresu ochrony przeciwpożarowej w API Market sp. z o.o. w Wołominie o wartości 72.000 zł – poz. 2.8 wykazu;
- stały nadzór z zakresu ochrony przeciwpożarowej w Mazowieckim Instytucie Kultury – w Warszawie o wartości 36.000 zł – poz. 2.9 wykazu;

W dniu 29 grudnia 2015 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, wskazując, że:

21

w ramach usług przedstawionych w poz. 2.1, 2.2, 2.3 wykazu wykonawca zrealizował dla – Zamawiającego usługę polegającą na przeglądzie 837 szt. hydrantów za kwotę 10.260,00 zł, zatem wartość wskazanego zakresu wykonanych usług obejmujących wymienioną ilość hydrantów jest znacznie niższa niż minimalna kwota określona w treści warunku, dla usług wskazanych w poz. 2.4, 2.6, 2.7, 2.8 i 2.9 nie zostały załączone do oferty – dowody potwierdzające, że usługi te zostały wykonane należycie, dla poz. 2.5 wykazu została wskazana wartość dotycząca realizacji całej usługi, – w związku z czym Zamawiający wezwał do wyjaśnienia, jaka była wartość prac odnosząca się do treści warunku.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył nowy wykaz usług głównych, obejmujący 30 usług, wraz z dowodami ich należytego wykonania. Wykaz obejmował m.in. usługi zrealizowane na rzecz Zamawiającego, dot. 837 hydrantów na kwotę 10.260 zł, a także niektóre usługi wskazane w pierwotnym wykazie, tj.:

usługi polegające na wykonaniu określonych przeglądów sprzętu p.poż. w jednostkach – organizacyjnych PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa o wartości 29.180 zł,

konserwacja i badanie hydrantów zewnętrznych oraz wewnętrznych w Hotelu Bristol – w Warszawie o wartości 2.400 zł;
stały nadzór z zakresu ochrony przeciwpożarowej w API Market sp. z o.o. w Wołominie – o wartości 72.000 zł;
stały nadzór z zakresu ochrony przeciwpożarowej w Mazowieckim Instytucie Kultury – w Warszawie o wartości 36.000 zł,

W dniu 19 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień:

- 1) czy wartości usług w poz. 2, 4, 8, 13, 14, 16, 17, 19, 22, 26, 27 odnoszą się do usług polegających na wykonaniu przeglądów hydrantów sieci wodociągowej wraz z badaniem ciśnienia i wydajności,
- 2) jaka wartość w poz. 8, 13, 14, 22, 24 wykazu odnosi się do usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert,
- 3) czy wskazane wartości w poz. 4, 8, 10, 12, 19, 22, 23, 24, 26, 27, 28 wykazu usług dotyczą usług zrealizowanych na dzień wystawienia referencji.

Ponadto Zamawiający poinformował, że referencje: odnośnie pozycji 13 i 30 w swojej treści nie potwierdzają należytego wykonania usług, – odnośnie pozycji 16 dotyczą usługi zrealizowanej od 10 września 2012 r. do 14 września – 2012 r., zatem niezgodnej z punktem 5.1.2 pkt b IDW.

22

W odpowiedzi wykonawca potwierdził, że wartość usług wskazanych w pyt. Nr 1 dotyczy usług polegających na wykonaniu przeglądów hydrantów sieci wodociągowej wraz z badaniem ciśnienia i wydajności. W odniesieniu do pyt. Nr 2 poinformował, że podał wartość usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert i przedstawił wykaz, w którym zawęził daty wykonywania usług do okresu 3 lat poprzedzającego termin składania ofert. W odniesieniu do pyt. Nr 3 Przystępujący wyjaśnił, że wykazał wartość usług z okresu wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, na dzień wystawienia referencji. Dodatkowo Przystępujący załączył referencje wystawione przez PGE Dystrybucja Oddział Warszawa oraz wyjaśnienia treści referencji przez Mazowiecki Instytut Kultury w Warszawie.

Dokumenty złożone na wezwania z dnia 29 grudnia 2015 r. i 19 stycznia 2016 r. Przystępujący zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa, przedstawiając jednocześnie uzasadnienie tego zastrzeżenia.

W dniu 29 stycznia 2016 r. Zamawiający zwrócił się do pięciu podmiotów, na rzecz których Przystępujący zrealizował usługi wskazane w wykazie (API Market Sp. z o.o., BHP&Fire Protection P.S., STRAŻAK P. Ż, PPHU LE-MARK, MAGPOŻ) potwierdzenie zakresu wykonanych prac, ich terminu oraz wartości odnoszącej się do warunku określonego w punkcie 5.1.2 lit. b SIWZ.

Odnosząc się do powyższego, w pierwszej kolejności należy podkreślić, że ocenie Izby podlegać mogły tylko zarzuty przedstawione w odwołaniu. Zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane już w dacie wniesienia odwołania. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy. Tym samym skład orzekający nie może orzekać co do okoliczności faktycznych, do których nie odwoływały się zarzuty podniesione w odwołaniu. Nie jest tak, że skoro Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia Przystępującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, to po wniesieniu odwołania może to niewykazanie warunku wywodzić z innych okoliczności faktycznych niż to wskazał w odwołaniu. Odwołujący w sposób niedopuszczalny próbował rozszerzyć na rozprawie zakres faktyczny zarzutów, próbując kwestionować te pozycje z wykazu usług, których nie zakwestionował w odwołaniu. Do takiego rozszerzenia nie uprawniał Odwołującego fakt, że w dacie wniesienia odwołania nie znał treści uzupełnionego wykazu usług, gdyż jego ujawnienie przez Zamawiającego (ze

23

względu na zastrzeżenie go przez Przystępującego jako tajemnica przedsiębiorstwa) nastąpiło po wniesieniu odwołania. Skoro wykonawca nie znał treści tego wykazu, to termin na wniesienie odwołania w tym zakresie zaczął biec z momentem odtajnienia wykazu przez Zamawiającego (art. 182 ust. 3 ustawy Pzp). Zatem wykonawca nie był pozbawiony ochrony prawnej w tym zakresie, bezpodstawnie natomiast domagał się tej ochrony w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Rozpoznanie sprawy w takim zakresie, jak tego chciał Odwołujący, byłoby naruszeniem przez Izbę przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba rozpoznała zarzuty wyłącznie w granicach okoliczności faktycznych podniesionych w odwołaniu.

Odnosząc się do zakwestionowanego wykazu usług po pierwsze podkreślić należy, że nie był on wykazem, na podstawie którego Zamawiający uznał spełnianie warunku przez Przystępującego za wykazane. Przystępujący bowiem na wezwanie z dnia 29 grudnia 2015 r. przedstawił nowy wykaz usług, zawierający 30 pozycji. W wykazie tym nie znalazły się zakwestionowane w odwołaniu usługi wykonane na rzecz Zamawiającego, jedyną bowiem usługą na rzecz Zamawiającego jest usługa dotycząca 837 hydrantów na kwotę 10.260 zł. Spośród pozostałych usług z pierwotnego wykazu w wykazie uzupełnionym znalazły się jedynie usługi wykonane na rzecz: PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa, Hotelu Bristol w Warszawie, API Market Sp. z o.o. w Wołominie oraz Mazowieckiego Instytutu Kultury w Warszawie (przy czym usługi na rzecz PGE Dystrybucja S.A. Oddział Warszawa oraz Mazowieckiego Instytutu Kultury w Warszawie nie były przez Zamawiającego brane pod uwagę).

Co do usług na rzecz Hotelu Bristol Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnej argumentacji zmierzającej do wykazania, że usługa ta nie może być zaliczona na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Jeśli chodzi o usługi wykonane na rzecz API Market, to w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał okoliczności, na które się powoływał, a to na nim – zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp – spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu. Za dowód twierzeń Odwołującego nie można uznać przedłożonego na rozprawie wydruku ze strony internetowej, zawierającego listę sklepów API Market. Po pierwsze wiarygodność tego dowodu jest ograniczona, nie wiadomo bowiem czy zawiera on aktualną i wyczerpującą listę obiektów należących do API Market. Po drugie – liczba sklepów API Market nie ma bezpośredniego przełożenia na ocenę, czy Przystępujący wykonał usługi w zakresie, jaki wskazał w wykazie. Zamawiający z kolei uzyskał potwierdzenie od wystawców referencji, w tym od API Market. Tym samym okoliczności podniesione przez Odwołującego w tym zakresie należy uznać za nieudowodnione.

24

Odwołujący, mimo spoczywającego na nim ciężaru dowodu, nie przedstawił również żadnych dowodów na okoliczność złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji, poprzestając na głoślośnych tezach. Nie każde powołanie się przez wykonawcę na usługi, które nie potwierdzają spełniania opisanego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, jest tożsame ze złożeniem nieprawdziwych informacji. Zgodnie bowiem z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Konieczne jest zatem wykazanie, że informacje były niezgodne ze stanem faktycznym, a ponadto że zostały złożone w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i dodatkowo że ma to (lub może mieć) wpływ na wynik postępowania – w niniejszej sprawie, że usługi, co do których zdaniem Odwołującego zostały przedstawione nieprawdziwe informacje były usługami, bez uwzględnienia których warunków udziału w postępowaniu nie zostałby wykazany. Każda z tych okoliczności z osobna powinna być przez Odwołującego wykazana, czego Odwołujący nie uczynił.

Izba stwierdziła również, że Zamawiający nie naruszył art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zgodnie z tymi przepisami, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (ust. 3). Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub

dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 (ust. 4). Twierdzenia Odwołującego, jakoby Zamawiający wielokrotnie wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów i do wyjaśnień, są niezgodne ze stanem faktycznym. Izba ustaliła, że Zamawiający jeden raz – w dniu 29 grudnia 2015 r. – wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów. W tej samej dacie wezwał również do wyjaśnienia wartości jednej z prac wskazanych w wykazie. Następnie, w dniu 19 stycznia 2016 r. Zamawiający wezwał Przystępującego wyłącznie do wyjaśnień (nie zaś do uzupełnienia dokumentów), a wezwanie do wyjaśnień dotyczyło innych kwestii, niż wezwanie wcześniejsze. Stosując powyższe procedury Zamawiający wykonał jedynie swoje ustawowe obowiązki, nie zaś – jak twierdzi Przystępujący – wbrew zasadom równego traktowania wykonawców nadużył instytucji przewidzianej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Niezasadny jest również zarzut dotyczący naruszenia § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający

25

od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Zgodnie z tym przepisem, w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były lub miały zostać wykonane, o przedłożenie dodatkowych informacji lub dokumentów bezpośrednio zamawiającemu. Przepis ten służy więc wyjaśnianiu wszelkich wątpliwości zamawiającego dotyczących tak złożonych przez wykonawcę wykazów dostaw, usług lub robót budowlanych (podanych w tych wykazach informacji), jak i dowodów ich należytego wykonania. Skorzystanie przez Zamawiającego z narzędzia przewidzianego w § 1 ust. 5 rozporządzenia należy uznać za dołożenie należytej staranności, nie zaś za działanie naruszające przepisy prawa.

Całkowicie niezrozumiały jest zarzut zaniechania wykluczenia Przystępującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku w zakresie dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Odwołujący nie wskazał nawet, z czego swoje twierdzenia wywodzi, nie określił jakiego warunku i dlaczego Przystępujący jego zdaniem nie spełnia. Jedynym uzasadnieniem przedstawionym w odwołaniu jest powołanie się na to, że Przystępujący w świetle złożonych wyjaśnień dotyczących ceny nie doszacował kosztów wynagrodzeń i obsady pracowników, kosztów zajęcia pasa drogowego oraz naprawy uszkodzonych hydrantów. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że wykluczenie wykonawcy może nastąpić z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w ogóle nie opisał warunku dotyczącego potencjału technicznego. Zgodnie z punktem III.2.3 ogłoszenia o zamówieniu, *Zamawiający nie precyzuje w danym zakresie żadnych wymagań, których spełnienie wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób szczególny, poza złożeniem oświadczenia o spełnieniu warunku.* Tym samym zarzut podniesiony w tym zakresie jest całkowicie nieuzasadniony.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechania udostępnienia Odwołującemu dokumentów złożonych przez Przystępującego dla wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, należy stwierdzić, że zarzut ten w dacie orzekania w przedmiotowej sprawie był bezprzedmiotowy. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Pzp, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy

26

ustalony w toku postępowania. Izba ustaliła, że Zamawiający przed otwarciem rozprawy wykonał czynność zgodnie z żądaniem odwołania, tj. udostępnił Odwołującemu utajnione wcześniej dokumenty złożone przez Przystępującego (co jest okolicznością przyznaną przez Odwołującego). Udostępnienie Odwołującemu przedmiotowych dokumentów stanowiło de facto uwzględnienie podniesionego w odwołaniu zarzutu, a zarzucane naruszenie przepisów

ustawy w dacie orzekania nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania, a tym samym – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – nie mogło być podstawą uwzględnienia odwołania.

Podsumowując, Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w stopniu mającym wpływ na wynik postępowania, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w tym zakresie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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: