

WYROK

z dnia 11 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Artur Szmigiel

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 maja 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2018 r. przez wykonawcę

R. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PW ELSERWIS R. F., ul. Morysa 3a 45-767 Opole

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Miejski Zarząd Dróg w Opolu, ul. Obrońców Stalingradu 66, 45-512 Opole

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża R. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PW ELSERWIS R. F. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez R. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PW ELSERWIS R. F. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od R. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PW ELSERWIS R. F. na rzecz Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu kwotę 216 zł 18 gr (słownie: dwieście szesnaście złotych osiemnaście groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Zamawiający - Miejski Zarząd Dróg w Opolu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „remonty i bieżące utrzymanie dróg - zakup usług pozostałych, w zakresie utrzymania i konserwacji sygnalizacji świetlnej i urządzeń pochodnych na terenie miasta Opola w latach 2018-2020” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 2 lutego 2018 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 513244. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący - R. F. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „PW Elserwis” R. F. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu, a zwłaszcza niezachowanie bezstronności i obiektywizmu,
2. art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zakwestionowanie prawa Odwołującego do korzystania z zasobów innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania jako wykonawcy, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak też bezprawne posądzenie o zamierzone działania przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, czym, zdaniem Zamawiającego, wprowadził go w błąd,
4. art. 24aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wcześniejsze zbadanie oferty Odwołującego, w tym przyjęcie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny i ich uznanie (że oferta nie podlega odrzuceniu), a następnie wezwanie go do złożenia dokumentów i po ich złożeniu niezgodne z prawem odrzucenie oferty z powodu rażąco niskiej ceny,
5. art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem zakwestionowanie prawdziwości dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia,
6. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z prawem i stanem faktycznym dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę (wcześniej wyjaśnienie uznano i nie kwestionowano jego treści) i brak tego wyjaśnienia,
7. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych i zapisami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
8. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne stwierdzenie, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny,
9. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez bezpodstawne unieważnienie przedmiotowego postępowania,
10. złamanie zasady rzetelnej oceny oferty i dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego

z postępowania i odrzucenia jego oferty,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako spełniającej warunki udziału w postępowaniu i nie dającej podstaw do wykluczenia z postępowania,

3. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, na wcześniejszym etapie postępowania Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BGK J. B., co zakwestionował Odwołujący wnosząc odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający uznał wszystkie zarzuty odwołania, w wyniku czego odrzucił wcześniej wybraną ofertę.

W przedmiotowym postępowaniu złożono dwie oferty, zatem pozostała tylko oferta Odwołującego.

W toku postępowania Zamawiający wzywał obu wykonawców do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Wykonawca J. B. złożył wyjaśnienie w formie oświadczenia bez dowodów potwierdzających rzeczywistą kalkulację ceny, co Zamawiający uznał za wystarczające i dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. W tym samym czasie Zamawiający nie zakwestionował wyjaśnienia Odwołującego dotyczącego rażąco niskiej ceny i nie dokonał odrzucenia jego oferty z tego powodu.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z postępowania Zamawiający bezpodstawnie kwestionuje uprzednio przyjęte wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny i prowadzi własne, w niczym nie oparte, wyliczenia kosztów, których Odwołujący nie ujął w wycenie, a także kwestionuje prawo wykonawcy do korzystania z zasobów innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w rozdziale 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w opisie przedmiotu zamówienia, zawarł wymagania do wypełnienia przez wykonawców podczas realizacji zamówienia, m.in.:

1. wykonawca powinien dysponować przez cały okres trwania zamówienia osobami wymienionymi w rozdziale 9 pkt 2 ppkt 3 lit. a oraz osobą posiadającą autoryzację serwisową do co najmniej jednego typu urządzeń sterowniczych sygnalizacji świetlnej występujących na terenie miasta Opola w zakresie eksploatacji, budowy i uruchamiania obiektów stało- i zmiennoczasowych, wprowadzania i wymiany oprogramowania oraz prowadzenia obsługi gwarancyjnej i pogwarancyjnej,
2. wykonawca będzie zobowiązany do utrzymywania całodobowego pogotowia i pełnej dyspozycyjności przez siedem dni w tygodniu, w tym również w dni wolne od pracy,
3. wykonawca w trakcie realizacji umowy ramowej miał dysponować co najmniej 3 brygadami 4-osobowymi (niezależnie od dysponowania kierownikiem budowy oraz majstrem robót), pkt 22 specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
4. Zamawiający przewiduje zawarcie umowy ramowej z jednym wykonawcą (rozdział 7 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Z uwagi na powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwrócono się do Zamawiającego o wyjaśnienie, czy przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne, czy umowy ramowej (zapytanie nr 8 z 12 lutego 2018 r.). Zamawiający, w odpowiedzi z 16 lutego 2018 r. zmienił brzmienie punktu 2. rozdziału 7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazując, że nie przewiduje zawarcia umowy ramowej.

W rozdziale 9. pkt ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykluczenie - warunki udziału w postępowaniu Zamawiający od wykonawców wymagał: warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej będzie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że będzie dysponował osobą kierownika budowy oraz osobą wykonującą czynności konserwacyjne i przedłoży na wezwanie wypełniony załącznik nr 3.

Jak wynika z powyższego, wykonawca ubiegający się o zamówienie miał obowiązek dysponować dwiema osobami do wykonywania czynności kierowania robotami i konserwacji urządzeń objętych zamówieniem, a w sprawach sposobu i organizacji wykonywania przedmiotu zamówienia powinien sam podejmować decyzję, w tym również w zakresie utrzymywania całodobowego pogotowia.

Zmiana zapisu w rozdziale 7. pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotycząca rezygnacji z zawarcia umowy ramowej, łączy się w sposób oczywisty z zapisem w rozdziale 4 pkt 22 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że obowiązek dysponowania trzema brygadami czteroosobowymi do realizacji tej umowy jest nieaktualny. Zatem

potwierdza się, że wykonawca samodzielnie ma ustalić siły tak, aby realizować zamówienie według wymagań Zamawiającego.

Zamawiający, uzasadniając zarzut odrzucenia oferty Odwołującego, powołuje się na zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które sam w toku postępowania zmieniał. Zamawiający zrezygnował z zawarcia umowy ramowej, a zatem i z brygad do jej realizacji, ale w ślad za zmianą dotyczącą zawarcia umowy ramowej nie dokonał zmiany brzmienia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez dostosowanie ich do innych realiów.

W wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny Odwołujący przedstawił kalkulację zarówno w zakresie technologii wykonywania czynności, jak i niezbędnej robocizny do wykonywania określonych w zamówieniu czynności w oparciu powszechnie dostępne katalogi norm i nakładów rzeczowych. W wyjaśnieniu tym skalkulowano wszystkie koszty pracy brygad roboczych, które przewiduje się do wykonywania zamówienia, a nie, jak to wskazuje Zamawiający, że kalkulację przeprowadzono dla 1 i 1/4 osoby, co nie dotyczy Odwołującego, a J. B. .

Warunkiem udziału w postępowaniu nie był obowiązek dysponowania trzema czteroosobowymi brygadami, a jedynie jednym kierownikiem budowy i jedną osobą do konserwacji urządzeń. Odwołujący posiada wieloletnie doświadczenie w wykonywaniu usług objętych zamówieniem i posiada wystarczającą wiedzę, aby w sposób odpowiedzialny dokonać oceny zadania i umiejętnie je skalkulować, zapewniając zakup nowych materiałów i godziwe wynagrodzenie personelu wykonującego zadanie.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o nierzetelną analizę dostarczonych dokumentów i w sprzeczności z zapisami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z jej zmianami.

Drugi zarzut uzasadnienia dotyczy wykluczenia Odwołującego z postępowania z uwagi na to, że mając własne doświadczenie w sposób nieprawny korzysta z zasobów innego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności

technicznych i zawodowych, czym naruszył art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarzut Zamawiającego jest oczywiście chybiony i niezrozumiały.

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,

w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Odwołujący, składając ofertę, skorzystał z przysługującego mu prawa w zakresie potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego

doświadczenia z doświadczenia innego podmiotu, przedkładając do oferty zobowiązanie tego podmiotu, tj. Global Traffic Systems Sp. z o.o., w którym podmiot ten zobowiązał się do czynnego udziału w naprawach, konserwacji, przeglądach urządzeń i innych, określonych w przedmiocie zamówienia jako podwykonawca. W wyniku wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Odwołujący oprócz ww. zobowiązania dostarczył zawartą umowę o podwykonawstwo z podmiotem Global Traffic Systems Sp. z o.o., z treści której wynika, jaki zakres robót w ramach tej umowy będzie wykonywał podwykonawca i na jakich zasadach będą prowadzone rozliczenia.

Zamawiający, wbrew postanowieniom ustawy, kwestionuje prawo Odwołującego do korzystania z zasobów innego podmiotu, a nadto dokonuje własnej interpretacji postanowień art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych twierdząc, że w obecnym stanie prawnym podmiot trzeci winien wykonywać jako podwykonawca całość prac określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić, gdyż skoro ustawa prawo daje, to Zamawiający nie ma prawo go odbierać.

Odwołujący korzysta z zasobów innego podmiotu w zakresie potwierdzenia zdolności zawodowych, ponieważ pomimo posiadania wieloletniego doświadczenia w zakresie wykonywania prac objętych zamówieniem, nie wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed

upływem terminu składania ofert co najmniej jednych robót budowlanych, których przedmiot zamówienia obejmował wykonanie konserwacji i bieżącego utrzymania sygnalizacji przez okres co najmniej 5 miesięcy i wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto. Korzystanie z zasobów innego podmiotu nie oznacza, jak to twierdzi Zamawiający, że podmiot ten ma obowiązek w zakresie zdolności zawodowych wykonywać całe zamówienie. Takie podejście wypacza całkowicie rozumienie istoty tego przepisu. Podmiot udostępniający zasoby ma obowiązek wspierać wykonawcę, a nie za niego wykonywać zamówienie. Dokumentując rzeczywiste wykorzystywanie zasobów wiedzy i doświadczenia firmy Global Traffic Systems Sp. z o.o. poprzez zawarcie umowy o podwykonawstwo, Odwołujący włączył ten podmiot do realizacji zamówienia, a zasady współpracy ustalane będą w trakcie realizacji umowy.

Nie można zgodzić się również z konkluzją Zamawiającego zawartą w zawiadomieniu, gdzie jako fakt dokonany unieważnia postępowanie z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert, naruszając tym samym prawo wniesienia odwołania wykonawcy na czynność odrzucenia oferty, czy wykluczenia z postępowania.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości i podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z 18 kwietnia 2018 r.

Wskazał, że analizując ponownie treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny stwierdził, że wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty wszystkich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia wpływających na jego wartość.

Zgodnie z rozdziałem 4. „Opis przedmiotu zamówienia” wykonawca musiał spełniać następujące wymagania:

1. pkt 5) wykonawca będzie zobowiązany do utrzymywania całodobowego pogotowia i pełnej dyspozycyjności przez siedem dni w tygodniu, w tym również w dni wolne od pracy,
2. pkt 22) Zamawiający ponadto wymaga, aby wykonawca w trakcie realizacji umowy ramowej dysponował co najmniej 3 brygadami 4-osobowymi (niezależnie od dysponowania kierownikiem budowy oraz majstrem robót).

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca oświadczył, że koszty pracy przy uwzględnieniu utrzymywania całodobowego pogotowia dla realizacji tej części zamówienia przewiduje oddelegowanie 3 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę oraz że koszt pracy kierownika budowy kalkuluje na podstawie stawki 18 zł/h, natomiast rolę majstra pełni najbardziej doświadczony członek brygady pracujący po stawce 16 zł/h (pismo z 29 marca 2018 r.).

Wyjaśnienia te, złożone w sprawie rażąco niskiej ceny, jednoznacznie dowodzą, że Odwołujący sporządził ofertę niezgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zapisów wynika, że w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia będzie dysponował 3 osobami, natomiast Zamawiający wymagał dysponowania co najmniej 3 brygadami 4-osobowymi, tzn. 12 osobami (niezależnie od dysponowania kierownikiem budowy oraz majstrem robót). Ponadto Zamawiający niezależnie od dysponowania co najmniej 3 brygadami 4-osobowymi, tzn. 12 osobami, żądał od Wykonawców dysponowania kierownikiem budowy oraz majstrem robót, natomiast Odwołujący stwierdził, że rolę majstra będzie pełnił najbardziej doświadczony członek brygady.

Wykonawca żadnymi postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, umowy, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie został upoważniony do możliwości dokonania zmian wymagań Zamawiającego, jednakże dokonał w sposób nieuprawniony modyfikacji w wymaganiach, co doprowadziło do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W związku z tym Zamawiający zmuszony był odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych analogicznie jak została odrzucona oferta BGK J. B., który także dokonał w sposób nieuprawniony zmian w wymaganiach Zamawiającego, tzn. nie wykazał dysponowania co najmniej 3 brygadami 4-osobowymi, tzn. 12 osobami (niezależnie od dysponowania kierownikiem budowy oraz majstrem robót).

Przyjęcie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, zawierającej tak rażącą zmianę w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w kontekście odrzucenia oferty drugiego wykonawcy - BGK J. B., stanowiłoby naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zawarta w odwołaniu polemika w tym zakresie sprowadza się do następującego wyводу:

1. ponieważ Zamawiający w odpowiedzi z 16 lutego 2018 r. zmienił brzmienie punktu 2.

w rozdziale 7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia na : „Zamawiający nie przewiduje zawarcia umowy ramowej”, zmiana zapisu w rozdziale 7 pkt 2 dotycząca rezygnacji z zawarcia umowy ramowej łączy się w sposób oczywisty z zapisem w rozdziale 4 pkt 22) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że obowiązek dysponowania trzema brygadami czteroosobowymi do realizacji tej umowy jest nieaktualny, a wykonawca samodzielnie ma ustalić siły tak, aby realizować zamówienie wg wymagań Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu jedynie potwierdza ustalenia Zamawiającego co do niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca żadnymi zapisami specyfikacji, umowy, zmiany treści specyfikacji oraz przepisami prawa nie został upoważniony do dokonania zmian wymagań Zamawiającego przedstawionych w rozdziale 4 pkt 5 i 22.

Odnosnie zarzucanego naruszenia art. 24aa ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, że zamawiający ma możliwość odstąpienia od stosowania procedury odwróconej. Na powyższe rozumienie przepisu wskazuje określenie „możliwość” skorzystania, a więc uprawnienia występującego po stronie zamawiającego. Wobec tego, zdaniem Zamawiającego, za nieuzasadnione należałoby uznać stwierdzenie zawarte w odwołaniu, że Zamawiający uznał wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

W związku ze złożonymi wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny, zawierającymi nieprawidłową kalkulację czynników mających wpływ na wartość oferty, w szczególności polegającymi na nieuwzględnieniu w wartości oferty kosztów związanych z dysponowaniem 3 brygadami 4-osobowymi, tj. 12 osobami, oraz nieuwzględnienie w wartości oferty oddzielnych kosztów w stosunku do osoby majstra budowy, Zamawiający zmuszony był uznać, że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę, zatem Zamawiający zasadnie odrzucił również ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nawet pomijając wymaganie określone w punkcie 22. rozdziału 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie wnikając w skład osobowy brygady lokalnej i „przyjazdnej”, mając na uwadze wymaganie określone w punkcie 5. rozdziału 4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli utrzymywanie całodobowego pogotowia i pełnej dyspozycyjności przez siedem dni w tygodniu, w tym również w dni wolne od pracy oraz wyjaśnienia Odwołującego z 29 marca 2018 r., że koszt całodiennej pracy brygady lokalnej wynosi ok. 550 zł, natomiast ewentualnej brygady „przyjazdnej” 670 zł, należy sądzić, że koszt pracy trzech brygad lokalnych (brygad pracujących na trzy zmiany) zgodnie z wymaganiami Zamawiającego powinien wynieść: $550 \text{ zł} \times 3 \text{ brygady} \times 730 \text{ dni} = 1.204.500 \text{ zł}$, do tej kwoty należy doliczyć wskazane w ofercie wykonawcy koszty materiału wynoszące 816.586,55 zł. W sumie wartość oferty zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego (bez uwzględnienia kosztów: usług około 531.064,31 zł, kierownika budowy, majstra) wyniesie 2.021.086,55 zł, oferta wykonawcy zaś opiewa na kwotę 1.941.396,45 zł. Powstaje zatem różnica w wysokości 79.690,01 zł w stosunku do ceny oferty. W przypadku brygady pozamiejscowej różnica ta będzie jeszcze większa: $670 \text{ zł} \times 3 \text{ brygady} \times 730 \text{ dni} = 1.467.300 \text{ zł} + 816.586,55 \text{ zł} = 2.283.556,55 \text{ zł} - 1.941.396,45 \text{ zł} = 342.490,10 \text{ zł}$.

Zawarta w odwołaniu polemika w tym zakresie sprowadza się jedynie do gołosłownego stwierdzenia, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o nierzetelną analizę dostarczonych dokumentów i w sprzeczności z zapisami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z jej zmianami.

Z powyższych obliczeń wykonanych przez Zamawiającego na podstawie wyjaśnień Odwołującego jednoznacznie wynika, że sporządzając ofertę Odwołujący nie uwzględnił

w kosztach zadania wszystkich wymagań Zamawiającego, co stanowi podstawę do uznania,

że zaoferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego.

Z uwagi na nieuwzględnienie w wartości oferty kosztów związanych z koniecznością dysponowania 3 brygadami 4-osobowymi, kosztów związanych z kierownikiem budowy i majstrem, zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ zawiera ona błędy w obliczeniu ceny.

Analizując treść złożonych 9 kwietnia 2018 r. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz treść dokumentów i wyjaśnień złożonych 13 kwietnia 2018 r. w ramach uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, także porównując oświadczenia wykonawcy zawarte w wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny z 27 lutego 2018 r. i 29 marca 2018 r., jak również treść wniesionego 12 marca 2018 r. odwołania (sprawa KIO 460/18) Zamawiający stwierdził, co następuje.

Wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 2 ppkt 3 lit. b), mających potwierdzić wykonanie w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej: jednych robót budowlanych, której przedmiot zamówienia obejmował wykonanie konserwacji i bieżącego utrzymania sygnalizacji przez okres co najmniej 5 miesięcy i wartości nie mniejszej niż 500.000 zł brutto, posłużył się doświadczeniem podmiotu trzeciego i przedłożył w tym zakresie wraz z ofertą załącznik nr 6 - zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zgodnie ze wskazaniem podmiotu trzeciego (firmy Global Traffic Sp. z o.o.) firma Global Traffic Sp. z o.o. zobowiązała się do oddania zasobów w formie wiedzy i doświadczenia w zakresie spełnienia wyżej przywołanego warunku udziału w postępowaniu oraz oświadczyła, że udostępni swoje zasoby w zakresie czynnego udziału w naprawach, konserwacji, przeglądach urządzeń i innych, określonych w przedmiocie zamówienia.

Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych „w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Zgodnie z cytowanym przepisem podmiot trzeci, tj. firma Global Traffic Sp. z o.o. powinna wykonywać prace w zakresie konserwacji i bieżącego utrzymania sygnalizacji, a więc de facto wszystkie czynności określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj.:

- a) bieżące utrzymanie i konserwacje istniejących sygnalizacji świetlnych, sterowników sygnalizacji, urządzeń pochodnych, elementów akomodacji (kamer i okablowania),
- b) usuwanie awarii sygnalizacji świetlnych, przejść aktywnych, elementów akomodacji oraz urządzeń pochodnych,
- c) dostosowanie pracy sygnalizacji świetlnych do aktualnych potrzeb wskazanych przez Zamawiającego,
- d) remonty i modernizacje istniejących sygnalizacji świetlnych i urządzeń pochodnych, w tym montażu: latarni sygnalizacyjnych wszystkich typów, elementów konstrukcyjnych (słupki HY, wysięgniki, słupy typu STOR), elementów wideodetekcji, sterowników sygnalizacji, elementów elektronicznych wyposażenia sterowników sygnalizacji, urządzeń akomodacji, znaków typu F-11, wyświetlaczy czasu.

Powyższy wywód Zamawiającego zgodny jest równocześnie z oświadczeniem podmiotu trzeciego, tj. że udostępni on swoje zasoby w zakresie czynnego udziału w naprawach, konserwacji, przeglądach urządzeń i innych, określonych w przedmiocie zamówienia. Jednakże Odwołujący, składając wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny wskazał, że „w kalkulacji czynności serwisowych uwzględniliśmy fakt, iż w chwili obecnej z racji wykonywania czynności serwisowych oświetlenia miasta Opola posiadamy w pełni wyposażone brygady serwisowe, w ciągłej dyspozycji na terenie miasta. Fakt ten sprawia, że nie ponosimy dodatkowych kosztów na stworzenie i wyposażenie dodatkowych stanowisk pracy dla realizacji zadania będącego przedmiotem zamówienia” (pismo z 27 lutego 2018 r.) oraz „planujemy wykonywać zamówienie w sposób odpowiadający aktualnej wiedzy technicznej, zgodnie z instrukcjami montażu i utrzymania urządzeń. Zamierzamy wbudowywać materiały i urządzenia nowe, odpowiadające wymaganiom Zamawiającego. Oszczędności i wyjątkowo sprzyjające warunki dostępne Wykonawcy wynikają natomiast z faktu, iż jesteśmy firmą lokalną, posiadamy bazę na terenie miasta Opole i realizujemy inne prace z zakresu utrzymania infrastruktury drogowej w najbliższej okolicy. Powyższe oznacza, że mamy minimalne koszty dojazdu do miejsca wykonywania prac, minimalne koszty dowozu materiałów. Dysponując lokalnymi pracownikami nie musimy zatrudniać nowych brygad, dedykowanych do realizacji jedynie tego zamówienia, nie musimy płacić delegacji, ani tracić czasu na dojazd ekip do miejsca wykonywania prac. Ze względu na posiadane zaplecze techniczne oraz potencjał pracowniczy nie planujemy inwestycji w sprzęt lub kadrę, co pozwoliło na utrzymanie kosztów ogólnych w kalkulacji cen na poziomie przedstawionym w piśmie z dnia 27.02.2018 r. Kp - 63.3%, co odpowiada średnim kosztom dla tego typu prac na terenie woj. opolskiego wg. SEKOCENBUD.” oraz „koszty pracy przy uwzględnieniu utrzymywania całodobowego pogotowia. Dla realizacji tej części zamówienia przewidujemy oddelegowanie 3 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę...” (pismo z 29 marca 2018 r.).

Z powyższego wynika, iż Odwołujący zamierza większość prac wykonać samodzielnie, nie mając odpowiedniego doświadczenia, co potwierdził nie uzupełniając dokumentów mających udowodnić posiadanie wiedzy i doświadczenia zgodnie z wezwaniem Zamawiającego przesłanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku

z samodzielnym wykazaniem się spełnienia warunków udziału w postępowaniu w kontekście zastrzeżenia opisanego w punkcie 2) powyżej.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący, składając ofertę, swoimi działaniami od początku zamierzał obejść przepis art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i planował samodzielnie wykonać zamówienie posługując się zasobami trzecimi tylko do celów wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego. Dowodami na wykazanie powyższej tezy są: odwołanie z 13 marca 2018 r. (sprawa KIO 460/18) w zakresie: Robocizna. Wykonawca wyjaśnił, że wykonywać zamówienie będzie osobiście z pomocą pomocnika zatrudnionego w wymiarze 1/2 etatu z najniższym wynagrodzeniem. Już samo to stwierdzenie potwierdza, że Wykonawca nie zamierza realizować zamówienia zgodnie z wymaganiami SIWZ, w szczególności odnoszącymi się do konieczności prowadzenia dyżuru 24/7/365, a zatem i ponosić koszty zatrudnienia nie jednej i pół osoby, o co najmniej 3 osób, w tym całodobowym serwisem przez siedem dni w tygodniu. Otrzymawszy takie oświadczenie Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, a co najmniej jako zawierającą rażąco niską cenę (na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Pismo z 27 lutego 2018 r.: „W kalkulacji czynności serwisowych uwzględniliśmy fakt, iż w chwili obecnej z racji wykonywania czynności serwisowych oświetlenia miasta Opola posiadamy w pełni wyposażone brygady serwisowe, w ciągłej dyspozycji na terenie miasta. Fakt ten sprawia, że nie ponosimy dodatkowych kosztów na stworzenie i wyposażenie dodatkowych stanowisk pracy dla realizacji zadania będącego przedmiotem zamówienia.”

Pismo z 29 marca 2018 r.: „Planujemy wykonywać zamówienie w sposób odpowiadający aktualnej wiedzy technicznej, zgodnie z instrukcjami montażu i utrzymania urządzeń. Zamierzamy wbudowywać materiały i urządzenia nowe, odpowiadające wymaganiom

Zamawiającego. Oszczędności i wyjątkowo sprzyjające warunki dostępne Wykonawcy wynikają natomiast z faktu, iż jesteśmy firmą lokalną, posiadamy bazę na terenie miasta Opole i realizujemy inne prace z zakresu utrzymania infrastruktury drogowej w najbliższej okolicy. Powyższe oznaczają, że mamy minimalne koszty dojazdu do miejsca wykonywania prac, minimalne koszty dowozu materiałów. Dysponując lokalnymi pracownikami nie musimy zatrudniać nowych brygad, dedykowanych do realizacji jedynie tego zamówienia, nie musimy płacić delegacji, ani tracić czasu na dojazd ekip do miejsca wykonywania prac. Ze względu na posiadane zaplecze techniczne oraz potencjał pracowniczy nie planujemy inwestycji w sprzęt lub kadre, co pozwoliło na utrzymanie kosztów ogólnych w kalkulacji cen na poziomie przedstawionym w piśmie z 27 lutego 2018 r. Kp - 63.3%, co odpowiada średnim kosztom dla tego typu prac na terenie woj. opolskiego wg SEKOCENBUD.”

Pismo z 29 marca 2018 r.: „Koszty pracy przy uwzględnieniu utrzymywania całodobowego pogotowia. Dla realizacji tej części zamówienia przewidujemy oddelegowanie 3 osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę...”

Regulacja wskazana w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy nie posiadającemu odpowiedniego potencjału potrzebnego daje możliwość wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez posłużenie się zasobami podmiotów trzecich.

Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Jednakże, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia,

wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Dodatkowo zgodnie z art. 36b ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się,

na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż

podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Wyżej przywołane regulacje powstały w celu ograniczenia występującego dawniej zjawiska polegającego na kupowaniu przez niektórych wykonawców referencji w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W obecnym stanie prawnym podmiot trzeci, Global Traffic Sp. z o.o., powinien mieć udział w wykonaniu jako podwykonawca całości prac określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których dotyczy warunek doświadczenia. Jednakże z otrzymanych wyjaśnień wykonawcy wynika, że od momentu złożenia oferty zamierzał on samodzielnie wykonać przedmiotowe zamówienie nie posiadając odpowiedniego doświadczenia. Z kolejno przedstawianych wyjaśnień i dokumentów wynikał fakt, że wyłącznie firma lokalna będzie wykonywać prace objęte przedmiotem zamówienia (w oświadczeniach jest mowa o firmie lokalnej, natomiast Global Traffic Sp. z o.o. jest firmą z siedzibą w Baranowie, zatem nie firmą miejscową) oraz że firma ta nie zamierza zwiększać (zmieniać) zatrudnienia.

Z uwagi na powyższe Zamawiający zmuszony był uznać, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, ponieważ w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie wykazał ich samodzielnego spełnienia, zatem został wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Treść odwołania potwierdza jedynie ustalenia Zamawiającego dokonane w toku postępowania, iż Odwołujący nie zamierza zapewnić podwykonawstwa podmiotu trzeciego w realizacji prac, dla których wymagane jest posiadanie doświadczenia.

Zdaniem Odwołującego podmiot udostępniający zasoby ma obowiązek jedynie wspierać wykonawcę, a nie za niego wykonywać zamówienie. Tymczasem z samej istoty podwykonawstwa wynika wykonanie przynajmniej części zamówienia za wykonawcę. Z przedstawionej przez Odwołującego umowy na podwykonawstwo nie wynika, jaki faktycznie zakres miałby wykonywać podwykonawca, albowiem została ona tak skonstruowana, że może wcale nie zostać skonsumowana. Natomiast Odwołujący wskazał w tym zakresie w odwołaniu, że „zasady współpracy ustalone będą w trakcie realizacji umowy”.

W oparciu o ustalenia dokonane w toku postępowania, zdaniem Zamawiającego, samodzielne wykonanie zamówienia przez wykonawcę nieposiadającego doświadczenia wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla realizacji zamówienia oraz zapewnienie jedynie bliżej nieokreślonego ewentualnego wsparcia podmiotu trzeciego posiadającego to doświadczenie, nie daje Zamawiającemu gwarancji wykonania zamówienia przez podmiot posiadający doświadczenie zawodowe wymagane w specyfikacji dla realizacji zamówienia oraz stanowiłoby naruszenie art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Z uwagi na fakt, iż Odwołujący przez cały okres badania i oceny oferty wprowadzał w błąd Zamawiającego przedstawiając informacje, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału, a także nie był w stanie przedstawić wymaganych dokumentów, Zamawiający wykluczył go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Zamawiającego, wobec zaistnienia przesłanek do wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty, nieuzasadniony stał się również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Ponieważ w niniejszym postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, Zamawiający prawidłowo unieważnił przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

III Ustalenia Izby

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

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2, art. 22a ust. 1, art. 24 ust. 1

pkt 12 i 16, art. 24aa ust. 1, art. 26 ust. 2 w zw. z art. 24aa ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

Zgodnie z art. 7 ust. i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Jak wynika z kolejnych przepisów art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (ust. 2).

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 4).

Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się m.in.: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia (pkt 12) oraz wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16).

Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych (art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem (pkt 2); zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (pkt 4) lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu (pkt 6). Dodatkowo, jak wskazuje art. 90 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu.

Jak wynika z uzasadnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności oraz argumentacji Stron w zakresie przedmiotu sporu, podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, zarówno z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, błędu w obliczeniu ceny jak i, w konsekwencji, rażąco niskiej ceny, było niespełnienie przez Odwołującego, tj. nieuwzględnienie w ofercie i jej cenie, wymogu dysponowania w trakcie realizacji umowy co najmniej 3 brygadami 4-osobowymi (niezależnie od dysponowania kierownikiem budowy oraz majstrem robót), wskazanego w rozdziale 4. „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 22 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zdaniem Zamawiającego

powyższa liczba osób zapewniała spełnienie wymogu utrzymywania przez wykonawcę

całodobowego pogotowia i pełnej dyspozycyjności przez siedem dni w tygodniu, w tym również w dni wolne od pracy (rozdział 4. pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), w celu utrzymania sprawnego funkcjonowania sygnalizacji świetlnych na terenie miasta, zaś liczba osób wskazana przez Odwołującego była niewystarczająca do wypełnienia tego obowiązku. Z kolei Odwołujący wskazywał, że powyższy wymóg posiadania 14 osób personelu, zgodnie z jego brzmieniem, dotyczył umowy ramowej, z której zawarcia Zamawiający zrezygnował.

W tym zakresie sporu Izba przyznała rację Zamawiającemu. W punkcie 22. opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający zawarł wymóg dysponowania w trakcie realizacji umowy co najmniej

3 brygadami 4-osobowymi oraz kierownikiem budowy i majstrem robót, czyli łącznie 14 osobami. Co prawda nazwał umowę umową ramową ze względu na to, że, jak wyjaśnił w trakcie rozprawy, nie ma ona określonego z góry sztywnego zakresu prac, lecz prace będą wykonywane w ramach potrzeb (np. awarii), a po pytaniu jednego z wykonawców udzielił odpowiedzi, że umowa nie będzie umową ramową (w interpretacji Izby - w rozumieniu art. 99 i nast. ustawy Prawo zamówień publicznych).

Odpowiedź ta jednak, tak w ocenie Izby, jak i Zamawiającego, nie zmieniła treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pozostałym zakresie i wymóg punktu 22. dotyczący 14 pracowników był wciąż aktualny.

Wymóg ten jest też wymogiem odrębnym od pozostałych wymogów zawartych w opisie przedmiotu zamówienia i rozdziale dotyczącym spełniania warunków udziału

w postępowaniu, np. przywołany punkt 1. dotyczący tego, by wykonawca przez cały okres trwania zamówienia dysponował osobami wymienionymi w rozdziale 9. pkt 2 ppkt 3 lit. a specyfikacji istotnych warunków zamówienia (warunek udziału w postępowaniu w zakresie potencjału kadrowego wykonawcy) oraz osobą posiadającą autoryzację serwisową, chociaż może się z nim częściowo pokrywać - np. nie ma przeszkód, by osoba posiadająca autoryzację do urządzeń sterowniczych sygnalizacji świetlnych albo posiadająca świadectwo kwalifikacyjne „E” była jednocześnie majstrem czy członkiem jednej z brygad. Wymóg z punktu 22. opisu przedmiotu zamówienia mówił jedynie o minimalnej liczbie osób (12+2), których pracę należało wycenić.

Nie było sporne i wynikało również z wyjaśnień Odwołującego złożonych podczas rozprawy, że Odwołujący nie uwzględnił w swojej ofercie udziału przy realizacji zamówienia 14 osób. Nie

ma tu znaczenia, czy w ocenie Odwołującego, zamówienie byłby w stanie wykonać przy udziale mniejszej liczby osób - taki był wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązujący wszystkich wykonawców i stanowiący podstawę do wyceny ich ofert na równych warunkach, co umożliwiałoby Zamawiającemu otrzymanie ofert porównywalnych i stanowiło jeden z przejawów uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

Tym samym Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powołanie się przez Zamawiającego na art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaistnienie błędu w obliczeniu ceny, również nie jest wadliwe, ponieważ nieprawidłowe odniesienie się do wymagań opisu przedmiotu zamówienia skutkowało jego nieprawidłową wyceną, chociaż w tym wypadku okoliczność ta pokrywa się z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i zasadniczo jest przez niego konsumowana.

W okolicznościach niniejszej sprawy podobnie jest z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż stwierdzona przez Zamawiającego okoliczność zbyt niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia wynika właśnie z niezastosowania się do wymogów przedmiotu zamówienia.

Zdaniem Izby Zamawiający prawidłowo wyliczył w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie złożonych przez niego wyjaśnień, że zaoferowana cena nie pokrywa kosztów pracy ekip (według obliczeń Zamawiającego deficyt powstały w związku z wynagrodzeniem samym pracowników w stosunku do ceny oferty to co najmniej 79.690 zł), co potwierdzają wyjaśnienia Odwołującego, który przyznał, że do wykonania prac uwzględnił wynagrodzenie znacznie mniejszej liczby osób.

Kolejną okolicznością, która jest istotna dla oceny przedmiotowych zarzutów, szczególnie w kontekście zasady równego traktowania wykonawców, jest to, że Zamawiający odrzucił, wcześniej uznaną za najkorzystniejszą, ofertę drugiego z wykonawców właśnie ze względu na tożsame okoliczności, tj. nieuwzględnienie w ofercie i jej wycenie wymogu zatrudnienia 3 brygad oraz dodatkowych dwóch osób. W związku z powyższym Zamawiający musiałby jednakowo albo uznać obie oferty za poprawne, albo obie odrzucić.

W zakresie zastrzeżeń Odwołującego co do faktu, że Zamawiający początkowo nie negował wyjaśnień Odwołującego dotyczących wyceny oferty, Izba zauważa, że od lat bezsporne jest w orzecznictwie, że Zamawiający ma prawo skorygować swoje czynności w zakresie badania i oceny ofert, które uzna za wadliwe. Jak wynika z okoliczności sprawy, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający początkowo nie analizował zbyt wnikliwie złożonych wyjaśnień, a zrobił to dopiero na skutek odwołania wniesionego przez Odwołującego, dotyczącego wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. B., po czym zweryfikował swoją ocenę w tym zakresie.

Poza tym, jak już Izba stwierdziła powyżej, jeśli w wyniku powtórnego badania ofert Zamawiający w stosunku do obu ofert stwierdził wystąpienie tych samych okoliczności, musiał obu wykonawców i obie oferty potraktować jednakowo, czyli - skoro odrzucał ofertę J. B. - musiał też odrzucić ofertę Odwołującego.

W ocenie Izby jedynym zarzutem w tym zakresie, który można by postawić Zamawiającemu, jest to, że wady obu ofert powinien był stwierdzić już przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz pozostaje to poza zakresem rozpoznania niniejszego odwołania.

Również w zakresie sporu dotyczącego wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba przyznała rację Zamawiającemu.

Nie jest sporne, że wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu. Wynika to wprost z przepisu art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i Zamawiający tego nie kwestionował.

Jednak powoływanie się na takowe zasoby nie może nastąpić tylko dla dopełnienia formalności związanych ze złożeniem oferty, lecz musi być realne i znaleźć swoje odzwierciedlenie podczas realizacji zamówienia. Obowiązek ten znalazł swoje odzwierciedlenie w ustawie Prawo zamówień publicznych, która w art. 22a ust. 4 wskazała, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Wykonawca może więc powołać się na potencjał innego podmiotu „w stosownych sytuacjach” oraz „w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części”, przy czym ów podmiot, który swój potencjał udostępnia, musi zrealizować roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (tę część zamówienia, której dotyczy warunek).

W zależności od postępowania i jego przedmiotu Zamawiający może postawić różne warunki, mniej lub bardziej rozbudowane, odnoszące się do różnych zakresów planowanych prac, np. przy robotach budowlanych mogą być to osobne warunki związane z robotami sanitarnymi, osobne z elektrycznymi, osobne z ogólnobudowlanymi drogowymi, mostowymi itd. W takich wypadkach dany podmiot trzeci (lub podmioty trzecie) będzie zobowiązany wykonać te roboty, dla których swoje doświadczenie wykazywał, czyli elektryczne, sanitarne itd.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postawił warunek doświadczenia odnoszący się do całego zamówienia, a Odwołujący w zakresie owego całego warunku odnoszącego się do całego zamówienia, powołał się na zdolności innego podmiotu. W związku z tym, zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, podmiot ten powinien wykonać zamówienie zgodnie z deklaracją, czyli w stosunku do całości. Odwołujący natomiast w swoich wyjaśnieniach wskazał Zamawiającemu, że co do zasady zamówienie będzie wykonywał sam. Nie może tych robót wykonać sam wykonawca, który nie spełniał danego warunku, niezależnie od tego, jak wysoko ocenia swoje umiejętności - wynika to wprost z art. 22a ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Stanowiłoby to bowiem obejście przepisów, nie tylko art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych, ale również samej zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe (art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych), które z kolei wskazywane i oceniane są według warunków określonych przez

zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji naruszałoby to podstawowe zasady zamówień publicznych - uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, gdyż wykonawcom na wstępie postawiono inne warunki ubiegania się o zamówienie i realizacji zamówienia, a inne są egzekwowane.

Powyższej sytuacji Izba nie kwalifikowałaby jednak jako złożenia nieprawdziwych informacji, szczególnie w formie winy wynikającej z zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, ze względu na to, że wcześniejsza praktyka krajowa była odmienna (i błędna), jak również obecnie nie do końca jest ona spójna, zatem wykonawcy powszechnie mają problemy z prawidłowym określeniem zasad udziału podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia i zasad powoływania się na ten potencjał.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

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

Przewodniczący: