

WYROK

z dnia 18 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Zakład Drogownictwa i Inżynierii spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi oraz FIODOR Usługi Komunalne Alicja Kowalska w Łodzi

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi w trybie przetargu nieograniczonego na „*Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013*”

przy udziale przystępujących do postępowania odwoławczego wykonawców:

- konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi – po stronie Zamawiającego;

- GNOM Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi – po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w częściach 3, 4 i 8 zamówienia, dokonanie ponownego badania i oceny ofert w części 3, 4 i 8 zamówienia, w tym wykluczenie z postępowania w części 3 i 4 konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi oraz odrzucenie oferty tego wykonawcy;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez

Zakład Drogownictwa i Inżynierii spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi oraz FIODOR Usługi Komunalne Alicja Kowalska w Łodzi,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) przez Zamawiającego – Zarząd Dróg i Transportu w Łodzi, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013*” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, gdy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi wynosi 181.533.993,00 zł (47.286.791,61 EURO).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 142-218972 w dniu 24 lipca 2010 r.

Zamawiający w dacie 25 października 2010r. powiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty w zakresie części 3 i 4 złożonej przez konsorcjum wykonawców NR spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusława Turczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GO-TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi, zaś w zakresie części 8 – złożonej przez GNOM Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi.

Odwołujący – konsorcjum wykonawców Zakład Drogownictwa i Inżynierii spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi oraz FIODOR Usługi Komunalne Alicja Kowalska w Łodzi w złożonym w dniu 3 listopada 2010r. odwołaniu zakwestionował czynności i zaniechania Zamawiającego:

- wybór najkorzystniejszych ofert w zakresie: części 3, części 4 i części 8 zamówienia publicznego;
- zaniechanie przez Zamawiającego następujących czynności:

- wykluczenia Wykonawcy - Konsorcjum firm N.R. Sp. z o.o. w Łodzi i GO-TRAKT w Łodzi, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą w zakresie części 3 i części 4, na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 w związku z postanowieniami zawartymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt. 6.1.2. oraz 7.2., 6.1.4.6) a także zaniechanie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych;

- wykluczenia Wykonawcy GNOM Sp. z o.o. w Łodzi na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z postanowieniami zawartymi w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.1.4.6) a także zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 6 ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 4, oraz art. 90 ust 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwolujący w odwołaniu wniósł o:

1. uchylenie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie: części 3, 4 i 8 zamówienia;
2. dokonanie powtórnego badania i oceny złożonych ofert;
3. wykluczenie Wykonawcy - Konsorcjum firm: NR Sp. z o.o. w Łodzi i GO-TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi ze względu na brak potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, którego opis sposobu spełnienia warunku Zamawiający zawarł w punkcie 6.1.2. SIWZ a wymagane dokumenty określił w pkt 7.1.3 oraz 7.2.SIWZ. Oferta wybranego Wykonawcy podlega odrzuceniu również ze względu to, iż przyjęte przez Konsorcjum ceny jednostkowe niektórych pozycji obmiarowych stanowią ceny rażąco niskie, co w świetle obowiązującego prawa skutkować musi odrzuceniem oferty;
4. odrzucenie oferty złożonej przez firmę GNOM Sp. z o.o. w Łodzi;
5. dokonanie powtórnego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 3, części 4 i części 8 zamówienia.

Na rozprawie Odwołujący sprecyzował, iż wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania wymienionych czynności.

1. W uzasadnieniu odwołania Odwołujący argumentuje, iż kształtując warunki postępowania Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (Sekcja III.2.3) oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.1.2) wskazał, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie, które wyrażać się musi wykonaniem z należyłą starannością w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie: „1. co najmniej 2 usług w zakresie mechanicznego, zimowego utrzymania utwardzonych dróg (krajowych, wojewódzkich, powiatowych lub gminnych) o łącznej długości pasów ruchu minimum 100 km przemnożonej przez liczbę części zamówienia na które składana jest oferta, w okresie nie krótszym niż 3 miesiące w sposób ciągły. 2. co najmniej 1 usługi w zakresie mechanicznego oczyszczania - zmiatania utwardzonych dróg (krajowych, wojewódzkich, powiatowych lub gminnych) o długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km oraz ręcznego oczyszczania terenów o powierzchni nie mniejszej niż 100 000 m²” (Powyższy sposób oceny spełnienia warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest jednakowy w przypadku składania oferty na jedną lub kilka części zamówienia).

Odwołujący podniósł, że dla potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku Zamawiający żądał załączenia do oferty wykazu powyższych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Mając na uwadze obowiązującą regulację zawartą w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, w sytuacji gdy wykonawca potwierdzając warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia polega na zasobach innego podmiotu, Zamawiający zgodnie z uprawnieniem wynikającym z przepisu art. 26 ust. 2a, wymagał aby do oferty zostało załączone: *„pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z którego treści wynikać będzie zakres faktycznego dysponowania zasobami tych podmiotów (np. zobowiązanie do wykonania określonej części zamówienia) - w przypadku gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów”*.

Konsorcjum firm: NR Sp. z o.o. w Łodzi i GO-TRAKT w Łodzi ubiegające się o uzyskanie czterech części zamówienia w części 1, 3, 4 i 6 dla potwierdzenia spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu załączyło do oferty:

- 1) wykaz 6 (sześciu) usług (str. 59 i 61 oferty), z których trzy (poz. 1, 2 i 3) stanowią doświadczenie Wykonawcy, natomiast trzy pozostałe (poz. 4, 5 i 6) - doświadczenie innych podmiotów (firmy Gnom Sp. z o.o. w Łodzi oraz firmy SILESIANA B.C. Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej);
- 2) dokumenty potwierdzające, że wykazane usługi - Wykonawca oraz dwie wskazane firmy - zostały wykonane z należyłą starannością (str. 63, 65, 67, 69, 77 oferty);
- 3) pisemne zobowiązania firm: Gnom Sp. z o.o. w Łodzi (str. 73 i 75 oferty) oraz Grawil - Silesiana we Włocławku (str.79 oferty) do oddania do dyspozycji NR Sp. z o.o. własnego doświadczenia na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący argumentuje, że zarówno zobowiązanie firmy Gnom Sp. z o.o. jak i zobowiązanie firmy Grawil-Silesiana z Włocławka poza enigmatycznymi stwierdzeniami o „zobowiązaniu się do oddania Wykonawcy własnego doświadczenia” nie zawierają - wymaganej przez Zamawiającego postanowieniem pkt 7.2.1. SIWZ (str. 18) - informacji, z której treści wynikałby zakres faktycznego wykorzystania zasobów doświadczenia obydwu firm; z treści zobowiązania złożonego przez firmę Grawil-Silesiana z Włocławka wynika wręcz, iż oddanie do dyspozycji posiadanego przez nią „doświadczenia” polega tylko na udostępnieniu Wykonawcy tylko swoich referencji: „Firma Grawil-Silesiana z siedzibą we Włocławku niniejszym zobowiązuje się do oddania do dyspozycji własnego doświadczenia w zakresie zimowego utrzymania dróg firmie NR Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, tj.: Referencje z GDDKiA o/Katowice - zimowe utrzymanie dróg

krajowych na terenie: Rejon Gliwice - sezon zimowy 2008/2009 - wartość 3.224.795,14 zł na potrzeby realizacji kontraktu pn. „*Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne czyszczenie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013*” na okres korzystania z nich przy wykonywaniu w/w zamówienia.” - firma Grawil-Silesiana oddaje *de facto* do dyspozycji Wykonawcy nie tyle swoje doświadczenie co dokument potwierdzający należyte wykonanie usług wykazanych w poz. 6, z których Wykonawca może skorzystać ubiegając się o zamówienie - oddaje doświadczenie to jest referencje na okres korzystania z nich. Według Odwołującego, treść tego zobowiązania nie tylko nie wskazuje na faktyczny zakres i sposób wykorzystania doświadczenia firmy SILESIANA Sp. z o.o. we Włocławku ale wprost wskazuje, iż przekazany zostaje tylko dokument („referencje”) umożliwiające wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, na potwierdzenie określonego sposobu jego stosowania, przywoływany jest przepis § 1 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów; istotne rozbieżności co do właściwego rozumienia i poprawnego stosowania tego przepisu wynikają przede wszystkim z tego, iż w części uzasadnień ograniczono się tylko do jego literalnej wykładni. W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający zgodnie z regulacją art. 26 ust. 2a ustawy żądał, celem udowodnienia iż wykonawca, nie posiadając własnego, wystarczającego doświadczenia, faktycznie wykorzystywać będzie doświadczeniem wskazanego podmiotu trzeciego, a ten - w złożonym zobowiązaniu - w porozumieniu i uzgodnieniu z wykonawcą, wskaże zakres i sposób faktycznego (rzeczywistego) wykorzystania jego umiejętności (wiedzy praktycznej).

2. Zdaniem Odwołującego, z treści złożonej oferty i załączonych do niej dokumentów nie wynika także aby wybrany Wykonawca potwierdził w pełni spełnienie warunku, którego sposób oceny określony zapisem pkt .6.1.2.2. SIWZ wymaga aby wykazać wykonanie: „*co najmniej 1 usługi w zakresie mechanicznego czyszczenia - zamiatania utwardzonych dróg (krajowych, wojewódzkich, powiatowych lub gminnych) o długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km oraz ręcznego czyszczenia terenów o powierzchni nie mniejszej niż 100 000 m².*”

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku Wykonawca wykazał wykonywane na rzecz AGENCJI Ochrony Osób i Mienia z Łodzi „*zimowe ręczne czyszczenie pasów drogowych*” o sumarycznej powierzchni 635.000 m². Według Odwołującego, sposób oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, którego sposób oceny zawarł Zamawiający w punkcie 6.1.2.2. SIWZ odnosi się do ręcznego, letniego utrzymywania powierzchni. Wskazuje na to zarówno koniunkcja zastosowana przez Zamawiającego w opisie sposobu oceny: „*zamiatanie (o określonej*

długości strefy przykrawężnikowej) oraz ręczne oczyszczanie (określonej powierzchni)” jak i wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia czynności zaliczanych do różnych klas usług według CPV.

W tej sytuacji wykazywanie przez wybranego Wykonawcę, jako doświadczenia ręcznego ale „zimowego oczyszczania” (CPV 90.62.00.00-9) nie stanowi wymaganego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do sprzątnia ulic (CPV 90.61.00.00-3 obejmującej kategorię 90.61.20.00-0 zmiatania). Ponadto „pożyczone” przez konsorcjum NR i GO-TRAKT od firmy GNOM doświadczenie w zakresie mechanicznego zmiatania ulic na terenie Miasta Łodzi w rejonach VIII, IX, X w latach 2009-2010 (pozycja 4 Formularza nr 5 WYKAZ WYKONANYCH USŁUG, referencja str. 69-71 oferty) nie potwierdza spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego w pkt 6.1.2.2. SIWZ - przedmiotem realizacji umów wymienionych w w/w referencji była jedynie usługa mechanicznego zmiatania ulic. W związku z powyższym załączone referencje nie potwierdzają spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego: „zmiatanie (o określonej długości strefy przykrawężnikowej) oraz ręczne oczyszczanie (określonej powierzchni)” ponieważ potwierdzają wykonanie jedynie jednej z dwóch żądanych czynności w ramach jednego zadania.

3. W zakresie braku potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących wymaganego potencjału technicznego, Odwołujący podał, że na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego posiadania magazynu soli konsorcjum wskazało lokalizację 2 budynków, jeden własny położony na terenie nieruchomości położonej w Łodzi przy ul. Wedmanowej 8 a drugi oddany do dyspozycji Konsorcjum przez firmę GNOM zlokalizowany na terenie nieruchomości położonej w Łodzi przy ul. Technicznej 20.

Budynek ten, zdaniem Odwołującego, nie zapewnia właściwych warunków do przechowywania materiału (brak właściwej cyrkulacji powietrza, higroskopijności) tak, aby zachował swoje właściwości fizyczne. Pomieszczenie wskazane przez firmę GNOM jako magazyn soli składa się z trzech niekompletnie zabudowanych ścian (zabudowa stanowi 2/3 wysokości wiaty do składowania materiału), taka konstrukcja nie zapobiega przedostawaniu się środka chemicznego do gruntu (brak bramy zamykającej magazyn), skutkuje przedostawaniem się opadów atmosferycznych do wnętrza wiaty a w konsekwencji wchłaniania przez składowaną tam sól wody, co powoduje zbrylanie się soli i obniżenie jej wartości jako środka zwalczającego śliskość na drogach a także prawidłowości realizacji umowy. Dla prawidłowości realizacji przedmiotu umowy niezbędna jest sól w stanie suchym i sypkim.

4. Co do błędnego sposobu obliczenia ceny i ceny rażąco niskiej, Odwołujący wskazał, iż wymagany sposób obliczenia ceny ofertowej, stanowiącej podstawę do porównania złożonych

ofert, określony został w pkt 16 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY” (str. 25 SIWZ). Zamawiający żądał podania wskazanych cen jednostkowych, stanowiących podstawę do ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonane usługi. W ofercie wybranego Wykonawcy - Konsorcjum firm : N.R. Sp. z o.o. GO-TRAKT w kalkulacji ceny w zakresie „Oczyszczania ręcznego” (Część II poz. 3 Formularza cenowego) w zakresie części 3 i 4 Wykonawca przyjął ceny jednostkowe w następującej wysokości: oczyszczanie ręczne cykliczne 2-3 grosze/1 m; oczyszczanie ręczne interwencyjne „lekkie” 10 groszy/1 m; oczyszczanie ręczne interwencyjne „ciężkie” 15 groszy/1 m; „Odsnieżanie powierzchni utwardzonych – interwencyjne” (Część I poz. 4 Formularza cenowego) w zakresie części 3 i części 4 Wykonawca przyjął cenę jednostkową 5 zł/100 m², tj. 5 groszy/ 1m².

Odwołujący podał, że przyjęcie ceny rażąco niskiej za czynności wyszczególnione w Części II poz. 3 Formularza ofertowego wynika ze swoistej manipulacji dokonanej przez wybranego Wykonawcę, gdzie dla części 4 zamówienia Części I poz. 1 „Zapobieganie i zwalczanie śliskości” wariant II - przyjął on stawkę jednostkową 2.000,00 złotych/km. To jest stawkę ponad 8 krotnie większą od średnich cen jednostkowych przyjmowanych przez pozostałych wykonawców, kształtujących cenę za tą usługę w przedziale 100 - 340 złotych/km. W efekcie takiego sposobu kalkulacji, przy np. 10 wyjazdach tylko w jednym sezonie zimowym (np. 2010/2011), co jest na zupełnie realne na bazie warunków pogodowych z poprzedniego sezonu zimowego, wynagrodzenie wybranego Wykonawcy, tylko za tę usługę wzrosło w jednym roku z ok. 700 tys. złotych do blisko 3,5 mln złotych, przekraczając kalkulacyjną cenę oferty tylko za ten jeden rok o ponad 2,9 mln złotych.

Dlatego też tak istotne jest, aby w przypadkach gdy cena ofertowa nie jest tożsama z wynagrodzeniem wykonawcy, a służy tylko do porównania ofert poprzez podanie cen jednostkowych, badanie i analiza ceny odnosiła się do poszczególnych jej elementów. Tak też, zgodnie z przepisami prawa europejskiego, postanowił Zamawiający ujmując to stosownym postanowieniem pkt 21 SIWZ. Odwołujący wskazuje, że obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty Wykonawcy, który w przypadku podejrzenia złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę nie złożył wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z doktryną i orzecznictwem odmowę udzielenia wyjaśnień należy traktować jak brak wyjaśnień „a przedstawienie przez Wykonawcę ogólnikowych stwierdzeń niepopartych żadnymi dowodami, nie należy uznawać za wystarczające, a ofertę należy odrzucić .

W piśmie z dnia 13 października 2010 r. firma NR (jako lider konsorcjum) udzieliła bardzo lakonicznych i wymijających wyjaśnień, stwierdzając, że na ich wycenę wpływ miało między innymi: „zapewnienie odpowiedniego szkolenia i motywacyjny system wynagrodzenia pracowników, co powoduje zwiększenie ich wydajności, dysponowanie sprawdzoną i doświadczoną kadrą”, „doświadczenie i wcześniejsze działalność związana ze świadczeniem usług”.

Taka odpowiedź powinna budzić wątpliwość Zamawiającego, ponieważ firma ta w większości na potwierdzenie spełnienia warunku doświadczenia przedstawiła referencje innych firm a realizację części 1, 3, 6 zamówienia w całości zamierza powierzyć podwykonawcy. Tak sprzeczne informacje, które Wykonawca udziela zarówno w ofercie jak i w wyjaśnieniach powinny nasunąć wątpliwości Zamawiającego zarówno co do złożonej oferty a także ewentualnej późniejszej realizacji umowy przez wybranego Wykonawcę.

5. Odwołujący w zakresie braku potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących wymaganego potencjału technicznego powtórzył zarzut dotyczący magazynu soli sformułowany w odniesieniu do tego samego budynku wskazanego w ofercie Konsorcjum firm : N.R. Sp. z o.o. GO-TRAKT.

6. Podobnie, co do zarzutu błędnego sposobu obliczenia ceny i ceny rażąco niskiej Odwołujący powtórzył zarzut i uzasadnienie w sposób analogiczny do zarzutu sformułowanego wobec Konsorcjum firm N.R. Sp. z o.o. GO-TRAKT.

Dodatkowo podkreślono brak należytej staranności po stronie Zamawiającego przy badaniu ofert, który zaniechał wyjaśnienia sytuacji, w której te same podmioty zobowiązują się do oddania swojego potencjału technicznego różnym wykonawcom, chociażby w zakresie czy dysponują taką ilością sprzętu. Na przykład firmy Zakład Usług Ogrodniczych s.c. Sylwester i Rafał Pawlak i Komunal.pl Sp. z o.o. zobowiązują się udostępnić sprzęt obydwu powyżej wskazanym Wykonawcom, partner firmy N.R. Sp. z o.o. w Łodzi - firma GO-TRAKT zobowiązuje się oddać do dyspozycji firmie GNOM cztery samochody ciężarowe i dwie ładowarki, chociaż też ubiegał się o uzyskanie aż czterech części tego samego zamówienia. W tym jednak zakresie możliwość dowodowa odwołującego jest ograniczona, a powinno to budzić przynajmniej wątpliwości po stronie Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienia i zostali dopuszczeni konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi – po stronie Zamawiającego a także GNOM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi - po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie uwzględniono wniosków wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego o odrzucenie odwołania. Wnioski o odrzucenie odwołania sformułowany w przystąpieniach obu wykonawców, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego nie znalazł potwierdzenia. Istotnie, załączone do odwołania pełnomocnictwo z dnia 22 września 2010r. obejmuje zakres określony jako „*występowanie w postępowaniach odwoławczych*”. Dostrzec trzeba jednak kontekst sporządzenia wskazanego pełnomocnictwa – zostało ono sporządzone na etapie składania oferty, na wzorze stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który wykonawca uzupełnił o dodatkowe postanowienie. Na etapie składania oferty ogólne postanowienie dotyczące „*występowania w postępowaniach odwoławczych*” zdaje się obejmować całą sferę postępowania odwoławczego, począwszy od wniesienia odwołania, uczestnictwo w posiedzeniu i rozprawie aż do wydania wyroku. Określenie w powyższy sposób zakresu umocowania, w okresie poprzedzającym składanie oferty (22 wrzesień 2010r.), kiedy ewentualne postępowanie odwoławcze mogło stanowić sferę przyszłości, bądź co najwyżej przewidywania przyszłego i ewentualnego rozwoju sytuacji, należy uznać za uzasadnione w warunkach jego składania i wystarczające: jeśli w tym pełnomocnictwie obaj członkowie konsorcjum ustanowili odpowiednią osobę pełnomocnikiem do czynności związanych ze złożeniem oferty a także podali, że obejmuje ono występowanie w ewentualnych, przyszłych postępowaniach odwoławczych, to należało uznać, że obejmuje ono całą sferę czynności związanych z postępowaniem odwoławczym, od wniesienia odwołania do zakończenia postępowania odwoławczego. Zapis tego pełnomocnictwa wskazuje bowiem ogólnie na postępowanie odwoławcze, niezależnie od jego etapu, i organu, przed którym odbywają się odpowiednie czynności, nie wskazuje jedynie na występowanie w postępowaniu odwoławczym rozumianym jako reprezentacja wykonawcy na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, obejmując tym samym część tego postępowania, której

bezpośrednim adresatem jest Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (wniesienie odwołania – art. 180 ust. 4 ustawy). Dostrzeżenia dalej wymaga, że brak odpowiedniego pełnomocnictwa do wniesienia odwołania podlega naprawieniu – zgodnie z treścią art. 187 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli odwołanie nie może otrzymać prawidłowego biegu wskutek niezachowania warunków formalnych, w szczególności, o których mowa w art. 180 ust. 3, niezłożenia pełnomocnictwa lub nieuiszczenia wpisu, Prezes Izby wzywa odwołującego pod rygorem zwrócenia odwołania do poprawienia lub uzupełnienia odwołania lub złożenia dowodu uiszczenia wpisu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania. Mylne oznaczenie odwołania lub inne oczywiste niedokładności nie stanowią przeszkody do nadania mu biegu i rozpoznania przez Izbę. Jeżeli natomiast niezachowanie warunków formalnych lub niezłożenie pełnomocnictwa zostanie stwierdzone przez skład orzekający Izby, przepisy ust. 1-6 stosuje się, z tym że kompetencje Prezesa Izby przysługują składowi orzekającemu Izby (art. 187 ust. 7 ustawy). W analizowanej sprawie do odwołania załączono pełnomocnictwo. Z jego treści wynika wola ustanowienia przez obu członków konsorcjum pełnomocnika do występowania w postępowaniu odwoławczym. Ewentualne wątpliwości co do wskazanego zamiaru, a tym samym zakresu umocowania pełnomocnika zostały przesądzone na posiedzeniu z udziałem stron, które służy wyjaśnieniu kwestii formalnych występujących w sprawie, w tym podjęciu ewentualnej decyzji o odrzuceniu odwołania bądź skierowaniu sprawy na rozprawę. Na posiedzenie w imieniu Odwołującego stawili się obaj członkowie konsorcjum osobiście: za Zakład Drogownictwa i Inżynierii spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi prezes zarządu tego podmiotu uprawniony do jednoosobowej reprezentacji (a zarazem sporny pełnomocnik) oraz za FIODOR Usługi Komunalne Alicja Kowalska w Łodzi - właścicielka. Każdy z członków konsorcjum potwierdził wolę umocowania pełnomocnika do czynności wniesienia odwołania wskazując, że w treści wskazanego pełnomocnictwa zamiarem było ustanowienie pełnomocnika do ogółu czynności związanych z wnoszeniem środków ochrony prawnej. Z tego też względu niezasadnymi okazały się wnioski obu Przystępujących zawarte w złożonych przystąpieniach o odrzuceniu odwołania, uzasadnione brzmieniem przepisu art. 189 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to jest jego wniesieniem przez podmiot nieuprawniony. Wskazana podstawa prawna odrzucenia odwołania dotyczy sytuacji, gdy odwołanie zostało złożone przez podmiot nie posiadający w danym postępowaniu tytułu do wnoszenia środków ochrony prawnej (np. nie będący wykonawcą w danym postępowaniu), nie mieszczący się w kręgu podmiotów legitymowanych do wniesienia odwołania w tym postępowaniu, a nie sytuacji gdy odwołanie zostało wniesione w imieniu podmiotu posiadającego status wykonawcy w postępowaniu,

prawidłowo określonego i niewątpliwie wyposażonego w interes do wnoszenia środków ochrony prawnej, a jedynie co do którego zachodzi wątpliwość co do interpretacji zakresu umocowania (jak wskazano wyżej: wątpliwość podlegająca konwalidacji w ramach czynności wstępnych, poprzedzających rozpoznanie sprawy, na posiedzeniu niejawnym, lub posiedzeniu z udziałem stron, co w niniejszej sprawie miało miejsce).

Nie dopatrzone się także podstaw do uwzględnienia drugiego wniosku o odrzucenie odwołania, złożonego na posiedzeniu z udziałem stron przez obu Przystępujących uzasadnionego nieuiszczeniem wpisu od odwołania we właściwej wysokości. Przystępujący argumentowali, że skoro postępowanie o zamówienie prowadzone jest w odniesieniu do trzynastu części tego zamówienia, zaś Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do różnych części (części 3, 4 i 8), to dotyczy ono odrębnych czynności w postępowaniu (odrębnych wyborów najkorzystniejszej oferty w każdej z części), co z kolei oznacza konieczność wniesienia trzech wpisów. Uznano w powyższym zakresie, oddalając wniosek o odrzucenie odwołania, iż wbrew twierdzeniu Przystępujących, pomimo podzielenia zamówienia na części mamy do czynienia z jednym postępowaniem i jedną czynnością wyboru najkorzystniejszych ofert w postępowaniu. Dzielenie zamówienia na części służy otwarciu dostępu do zamówienia dla jak najszerszego kręgu wykonawców zainteresowanych zamówieniem, ma otwierać rynek w tym zakresie, szczególnie, gdy zamówienie ma obejmować relatywnie długi, np. kilkuletni okres. Niezależnie jednak od technicznego podzielenia zamówienia na części, wciąż jest to jedno zamówienie i jedno postępowanie. Potwierdza powyższe brzmienie przepisu art. 32 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, który przewiduje, że w przypadku gdy zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych, albo udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania, wartością zamówienia jest łączna wartość poszczególnych części zamówienia. Tak jest także w analizowanej sprawie – Zamawiający dokonał podziału jednorodnego co do jego przedmiotu zamówienia według obszarów miasta, wydzielając odpowiednie rejony, tworząc tym samym trzynaście części zamówienia. Nie jest jednak trafnym wniosek, wyartykułowany przez Przystępujących na posiedzeniu, iż jest to sytuacja równoznaczna z kilkoma niezależnymi postępowaniami. Podobnie nie podzielono argumentacji, że wobec opisanego podziału zamówienia na części mamy do czynienia z odrębnymi czynnościami, na które z osobna należało wnieść odrębne odwołania. Dostrzeżenia wymaga, po pierwsze, brzmienie przepisów art. 82 ust. 1, art. 83 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którymi wykonawca może złożyć jedną ofertę, zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli

przedmiot zamówienia jest podzielny, w takim wypadku wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. W myśl natomiast przepisu art. 93 ust. 2 ustawy, przepisy o unieważnianiu postępowania stosuje się odpowiednio do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Z treści przepisów wynika traktowanie ofert częściowych jako ofert składanych w jednym postępowaniu, co nakazuje je traktować jako czynności jednego postępowania a nie jako w niejako odrębnych, samodzielnych postępowaniach, w ramach których przysługiwałyby odrębnie środki ochrony prawnej. Formularz cenowy do oferty opracowany przez Zamawiającego na użytek tego postępowania wyraźnie wskazuje, że w postępowaniu składana jest jedna oferta na wybrane przez wykonawcę części zamówienia (formularz nr 1 oraz 2/3 – załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia). Wskazuje się tam bowiem wyraźnie na jedną ofertę w postępowaniu z odniesieniem do odpowiednich części zamówienia: *„Oferta na wykonanie zamówienia „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne czyszczenie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013” część/części ...”*; *„Uważamy się związani niżejszą ofertą przez czas wskazany w SIWZ, tj. przez okres 90 dni od terminu składania ofert”*; *„w przypadku wybrania naszej oferty deklarujemy wniesienie zabezpieczenia (...)*”; *„składamy niniejszą ofertę w imieniu własnym/ jako Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...)*. Jakkolwiek bowiem w analizowanej sprawie Zamawiający podzielił zamówienie na trzynaście części, to nie stanowią one odrębnych zamówień, są one ze sobą ściśle sprzężone, choćby poprzez wyraźne zastrzeżenie zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 4.2, zdanie ostatnie; pkt 11), że wykonawca może złożyć ofertę maksymalnie na cztery dowolnie wybrane części zamówienia a także poprzez postanowienia specyfikacji, zgodnie z którymi, wszystkie wymagane warunki, przykładowo dotyczące ilości sprzętu, narzędzi są związane bezpośrednio z ilością części, na które złożono ofertę. Zamawiający w odniesieniu do każdego wymaganego sprzętu postawił warunek, by wykonawca posiadał wymaganą ilość odpowiednich urządzeń (np. 2 dmuchaw spalinyowych, 3 podkaszarek spalinyowych, 3 kosiarek rotacyjnych), przy czym ilość ta miała być przemnożona przez liczbę części zamówienia, na które składana jest oferta (pkt 1.1.1. – 1.1.3 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej), w odniesieniu do plugoposypywarek dodatkowo postawił wymogi właściwe dla każdej z części wymagając w razie składania na więcej niż jedną część zamówienia posiadania ilości tych urządzeń stanowiących sumę tych sprzętów wymaganych dla wszystkich tych części (pkt 1.2 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej), stawiając dodatkowo indywidualne wymagania odnośnie sprzętu dla odpowiednich

części zamówienia (np. pkt 1.3.4.2, 1.3.5, 1.4). Zamawiający wymagał dalej posiadania budynku stanowiącego magazyn soli, przy czym w razie złożenia oferty na więcej niż jedną część zamówienia postawił wymóg, by pojemność tego magazynu dla jednej części zamówienia wynosiła nie mniej niż 250 t (pkt 1.6 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej). Zgodnie natomiast z treścią pkt 1.8 Szczegółowej Specyfikacji Technicznej, Zamawiający wymaga minimum jednego pracownika do ręcznego oczyszczania terenu na każde rozpoczęte 15 000 m² powierzchni terenów przeznaczonych do oczyszczania na danej części zamówienia. Powyższe postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączników do niej wskazują wyraźnie, że wbrew twierdzeniu Przystępujących, również i ocena złożonych w postępowaniu ofert na poszczególne części zamówienia stanowiła jedną czynność, bowiem wymagała łącznej analizy wszystkich ofert złożonych na poszczególne części, co wynika choćby z konieczności zbadania i oceny łącznie postawionych warunków, które z kolei uzależnione były od złożenia oferty na jedną lub więcej części. Również Zamawiający uczynił rozstrzygnięcie postępowania – wyboru najkorzystniejszych ofert jedną czynnością, czemu dał wyraz właśnie w jednej informacji o wyborze ofert we wszystkich częściach zamówienia (pismo Zamawiającego do wykonawców z dnia 25 października 2010r. nr ZDiT.NZ.3321-797/10).

Z tego względu uznano, że w prezentowanych okolicznościach odwołanie przysługuje na czynność rozstrzygnięcia postępowania, polegającą na jednoczesnym wyborze ofert we wszystkich częściach zamówienia.

Dostrzeżenia dalej wymaga w tym zakresie, że od odwołania w postępowaniu w sprawie o zamówienie publiczne uiszcza się wpis stały, uzależniony od wartości całego zamówienia (przekroczenia lub nie kwoty od której uzależniono obowiązek przekazywania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich oraz przedmiotu zamówienia), a nie poszczególnych jego części, na które dany wykonawca złożył ofertę. Zgodnie z treścią § 1 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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), wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy lub usługi, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia Prawo zamówień publicznych, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 7 500 zł; jeśli kwota ta jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od których jest

uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi, wynosi 15 000 zł, natomiast wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane, którego wartość jest mniejsza niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 10 000 zł, jeśli zaś kwota ta jest równa lub przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, od której jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na roboty budowlane, wynosi 20 000 zł. Przyjęcie zatem stanowiska, że w razie wniesienia odwołania od wyboru oferty w każdej z wielu części należy uścić kilka razy wpis w wysokości pochodnej od wartości całego zamówienia prowadziłoby do nadmiernego nieuzasadnionego pobierania wspomnianej opłaty.

Z tego względu nie podzielono argumentacji wykonawców przystępujących do postępowania odwoławczego o istnieniu podstawy do odrzucenia odwołania.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów odwołania Jego oferta byłaby najkorzystniejszą w zakresie części 3, 4 lub 8 – stosownie do zakresu uwzględnienia.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone takie naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

1. Potwierdził się zarzut dotyczący podstawy do uznania, że konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi nie spełnia postawionego w pkt 6.1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Wykonawca wykazując spełnianie postawionego warunku udziału w postępowaniu oparł się nie tylko na własnej wiedzy i doświadczeniach, udokumentowanych – zgodnie z przepisami *Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą*

być składane oraz pkt 7.1.3 i 7.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykazem wykonanych i wykonywanych usług oraz dokumentami, potwierdzającymi, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (referencjami), ale także udostępnionej przez podmioty trzecie na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że Zamawiający w pkt 7.4 specyfikacji powtórzył brzmienie regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dodatkowo sprecyzował, jak należy potraktować w przedmiotowym postępowaniu wykazywanie spełniania warunku udziału w postępowaniu z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 2 b ustawy, wymagając by do oferty zostało załączone: *„pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia z którego treści wynikać będzie zakres faktycznego dysponowania zasobami tych podmiotów (np. zobowiązanie do wykonania określonej części zamówienia) - w przypadku gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu polega na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów”* (pkt 7.2.1).

Nie podzielono w tym zakresie argumentacji zaprezentowanej przez Zamawiającego na rozprawie, iż przytoczone postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 7.2.1) odnosi się jedynie do przykładowego wypełnienia tego wymogu. Przeczy temu jego wyraźne brzmienie, gdzie wskazano, że zobowiązanie powinno w swej treści wskazywać na zakres faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, przykładowo zawierając zobowiązanie do wykonania określonej części zamówienia. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, jako przykładowy sposób faktycznego dysponowania udostępnianymi zasobami podano zobowiązanie do wykonania części zamówienia, co nie zmienia zaakcentowanego w przytoczonym postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązku wykazania, że faktycznie oddano do dyspozycji wykonawcy zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych *„Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.”* Celem uchwalenia powyższego przepisu było wdrożenie postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE oraz zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które to postanowienia dopuszczają poleganie wykonawcy

przy wykazywaniu spełniania warunków na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Taki cel przepisu, wprowadzonego nowelizacją ustawy (*ustawa z dnia 5 listopada 2009r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. z 2009 Nr 206 poz. 1591*), wynika nadto z uzasadnienia wskazanej nowelizacji.

Ponadto, wskazany przepis art. 26 ust. 2 b ustawy, wyraźnie wiąże możliwość skorzystania przez wykonawcę z wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 zasobów należących do innego podmiotu z istnieniem rzeczywistej potrzeby wykazania tego zasobu w związku z jego niezbędnością dla realizacji zamówienia przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wynika to wprost z brzmienia tego przepisu, zdanie drugie – przepis w tej części aż dwukrotnie akcentuje posłużenie się niezbędnymi zasobami należącymi do podmiotu trzeciego (udostępniającego ich), wskazując zarazem że zasoby te mają być niezbędne do realizacji zamówienia. Niezbędność ta nie dotyczy zatem wyczerpania stanu formalnego: wykazania, że wykonawca otrzymał od podmiotu trzeciego stosowne referencje potwierdzające posiadanie wiedzy i doświadczenia w celu złożenia oferty, ale posiadania wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzy i doświadczenia potrzebnych do wykonania zamówienia.

Dostrzeżenia także wymaga, że przepis ten jest nieodłącznie związany z obowiązkiem wykazania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu, stanowi niejako rozwinięcie przepisu ogólnego dotyczącego tych warunków, to jest art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania; posiadania wiedzy i doświadczenia; dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia; sytuacji ekonomicznej i finansowej. Przytoczony przepis służy zatem zabezpieczeniu interesów Zamawiającego, któremu wykonawcy muszą wykazać, że posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, niezbędną wiedzę i doświadczenie, dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. To podstawowe wymogi ekonomiczno – techniczne, które mają zapewnić (albo przynajmniej uprawdopodobnić) realizację zamówienia w sposób co najmniej poprawny.

Dostrzec trzeba dalej, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (lub może żądać jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż wskazane kwoty. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 26 ust. 2 b stanowi lex specialis od wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie (względnie działając w ramach konsorcjum – art. 23 ustawy) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych, wykonawca może polegać na wymienionych w nim zasobach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, przy czym w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W sytuacji korzystania przez wykonawcę z możliwości posiłkowania się zasobami innego podmiotu, obowiązek wykazania przez wykonawcę spełniania warunku, o którym mowa w art. 22 ustawy (na gruncie analizowanej sprawy – warunku w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia) został więc wzmocniony – ustawodawca bowiem wyraźnie zastrzegł w tym wypadku obowiązek udowodnienia.

Dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi zatem zostać udowodnione przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie budzący wątpliwości co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu, jak również że podmiot udzielający odpowiedniego zasobu (na gruncie analizowanej sprawy - wiedzy i doświadczenia) rzeczywiście go posiada w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Co do obowiązku i zakresu tego

udowodnienia podzielono poglądy wyrażone przykładowo w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2010r., KIO 790/10, z dnia 23 lipca 2010r. KIO 1439/10 jak i publikacji *Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów*, Aleksandra Sołtysińska, Grzegorz Wicik, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 4/2009, str. 10-34, wskazujące na relatywnie szeroki zakres obowiązku w zakresie udowodnienia korzystania z potencjału innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy (wskazuje się na konieczność istnienia umowy między tymi podmiotami).

Przedmiotem tego udowodnienia jest uzyskanie przez wykonawcę od podmiotu trzeciego zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie. Owo udowodnienie, o którym mowa w analizowanym przepisie powinno obejmować wykazanie zarówno, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada, że zasób ten odpowiada swym zakresem warunkowi postawionemu przez zamawiającego, że nastąpi jego bezwarunkowe oddanie wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobu (lub inny, alternatywny dowód na tę okoliczność) powinno także uwzględniać charakter udostępnianego zasobu, w taki sposób by możliwe było uznanie, że udostępnienie rzeczywiście nastąpiło.

Nie ulega wątpliwości, że dysponowanie wymienionymi w przepisie zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego, co do tego czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiedniego zasobu rzeczywiście nim dysponuje a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresu udostępnienia zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie. W tych okolicznościach za nietrafną należy uznać argumentację Zamawiającego na rozprawie, zaprezentowaną w odniesieniu do złożonego w ofercie konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi zobowiązania firmy Grawil – Silesiana, zgodnie z którą zobowiązanie jest oświadczeniem woli, które podlega interpretacji na zasadach określonych w Kc. (art. 65 Kc).

Stwierdzenie oddania wykonawcy zasobu należącego do podmiotu trzeciego winno być bowiem konsekwencją dokonania przez zamawiającego pozytywnej oceny dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. Analizowany przepis wymaga udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi

dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów. Udowodnienie dysponowania wymienionymi w art. 22 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zasobami może mieć różną postać oraz treść – stosownie do rodzaju tego zasobu a także stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem udzielającym zasobu jak i charakteru i zakresu porozumienia pomiędzy tymi podmiotami.

Ponadto, zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych (bądź inne, odpowiednie oświadczenie w tym zakresie) winno wyrażać w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia wykonawcy ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu – wskazywać jego rodzaj, czas udzielenia a także inne istotne okoliczności, w tym, wynikające ze specyfiki tego zasobu. Jeżeli zatem przedmiotem udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych są zasoby takie jak wiedza i doświadczenie wymagane dla realizacji zamówienia, to wskazane zobowiązanie powinno uwzględniać taki właśnie charakter tego zasobu, w tym okoliczność, że nie jest możliwe przeniesienie czy udostępnienie wiedzy lub doświadczenia bez osobistego uczestnictwa podmiotu w realizacji przyszłego zamówienia. W sytuacji, kiedy przedmiot oddania stanowią zasoby nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, jak wiedza i doświadczenie, taki dokument powinien dodatkowo zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Podzielić należy podkreślane w doktrynie jak i orzecznictwie poglądy, że wiedza i doświadczenie to te elementy przedsiębiorstwa, które są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie, w inny sposób aniżeli poprzez zbycie całości lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa zdolnej do dalszego prowadzenia w niezmienionym zakresie – zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego (orzeczenie SN z 10.1.1972 r., I CR 359/71, OSPiKA 1972, z. 12, poz. 232, wyrok Sądu najwyższego z 17.10.2000 r., w spr. I CKN 850/98, LEX Nr 50895, wyrok Sądu najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003r. w spr. IV CKN 51/01). W odniesieniu do kategorii „wiedzy i doświadczenia”, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje się, że: *„Tak w doktrynie, jak i w orzecznictwie nie wyróżnia się składnika niematerialnego przedsiębiorstwa w postaci „wiedzy i doświadczenia”. Wydaje się jednak, że nie ma przeszkód, ażeby uznać, iż zwrot niedookreślony, który stanowi „wiedza i doświadczenie”, mieści w sobie wymienione powyżej składniki niematerialne przedsiębiorstwa. W szczególności pojęcie „wiedza” zawiera tak know-how, jak i tajemnice przedsiębiorstwa. Przez doświadczenie należy rozumieć wcześniejsze*

świadczenie usług na bazie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym, które pokrywają się z usługami objętymi postępowaniem o zamówienie publiczne. Ścisłe z wyżej wymienionym doświadczeniem łączy się goodwill czy też dobra marka przedsiębiorstwa wykonawcy.” Wskazuje się dalej, że „(...) organy stosujące art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy powinny ocenić każdy przypadek indywidualnie, badając in casu, czy doszło do skutecznego nabycia przedsiębiorstwa, tj. czy przeniesione zostały na nabywcę składniki materialne i niematerialne umożliwiające prowadzenie (kontynuowanie) działalności gospodarczej. A zatem Zespół Arbitrów czy też sąd winny w każdym przypadku badać, czy wykonawca „posiada wiedzę i doświadczenie”, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, czyli czy doszło do zbycia składników niematerialnych przedsiębiorstwa, takich jak: tajemnica przedsiębiorstwa i dokumentacja, oraz czy wykonawca dysponuje osobami, które są zdolne nie tyle do wykonania zamówienia, gdyż o tych osobach jest mowa w dalszej części przepisu, ile osobami niezbędnymi do „kierowania” wykonaniem zamówienia. Wymóg doświadczenia będzie natomiast spełniony, jeżeli zbywca prowadził działalność gospodarczą na bazie „zbytego” przedsiębiorstwa w zakresie, który obejmuje zamówienie.” (G. Jędrak Wymóg niezbędnej wiedzy i doświadczenia w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, kwartalnik Prawo zamówień publicznych nr 3(18)2008, s. 75-84).

Stąd oddanie przez podmiot trzeci zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie wymaga uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, a zatem to uczestnictwo – w myśl przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy prawo zamówień publicznych także jest objęte obowiązkiem udowodnienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca bądź na innej jeszcze podstawie) musi zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można oddać, ani zobowiązać się do oddania wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału podmiotu udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku zamawiający będzie uprawniony do uznania, że wykonawca polegający na zasobach innego podmiotu, przedkładający samo tylko zobowiązanie do udostępnienia wiedzy i doświadczenia innego podmiotu bez wskazania uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia, nie udowodnił dysponowania odpowiednim zasobem.

Tym samym, dowód składany przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie publiczne, mający służyć przekonaniu zamawiającego, że wykonawca ten dysponuje wymaganym do realizacji zamówienia zasobem, którym to dowodem może być między innymi, wymienione jako przykładowe w treści art. 26 ust. 2 b ustawy pisemne zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnego zasobu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, powinien wskazywać wszelkie informacje, które pozwolą na przyjęcie (pozwolą zamawiającemu uznać za udowodnione), że w konkretnej sytuacji wykonawca

ubiegający się o zamówienie, jakkolwiek samodzielnie nie spełnia danego warunku, to w momencie realizacji zamówienia będzie dysponować wymaganym zasobem jak własnym. Na moment składania oferty, wykonawca powinien – dla uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu – udowodnić, że na podstawie odpowiedniego, stosownego do charakteru udostępnianego zasobu stosunku prawnego, zasób ten w momencie rozpoczęcia wykonywania zamówienia będzie posiadał. Inaczej bowiem będzie skonstruowany ten stosunek prawny, gdy przedmiotem oddania do dyspozycji będzie zasób w postaci pracowników, inaczej – gdy będzie on dotyczył potencjału technicznego stanowiącego „zwykłe” maszyny, jeszcze inaczej – gdy tym potencjałem technicznym będzie podlegający wpisowi do odpowiedniego rejestru statek czy urządzenia, których używanie podlega reglamentacji z uwagi na obowiązujące przepisy, jeszcze inaczej – gdy przedmiotem udostępnienia będą zasoby, nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, takie jak wiedza i doświadczenie.

Powyższe wynika z brzmienia przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, który stawia ogólny obowiązek udowodnienia oddania wykonawcy odpowiedniego zasobu, wymienia enumeratywnie kategorie zasobów, które mogą być na jego podstawie udostępniane, i w sposób względnie ogólny podaje zakres tego udowodnienia. Istotnie, przepis nie wymaga wprost nawiązania w treści zobowiązania (lub innego dokumentu) do uczestnictwa podmiotu oddającego zasób w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji zamówienia, niemniej jednak nie sposób nie zauważyć, że przepis zakłada pewną uniwersalność regulacji dotyczącej możliwości polegania na zasobach należących do innego podmiotu, obejmuje swym zakresem różne rodzaje zasobów, co do których sposób udowodnienia oddania do dyspozycji jest uzależniony od rodzaju tego zasobu a także jego indywidualnych cech w konkretnej sytuacji. Uszczegółowienie odnoszące się do udostępnianego zasobu nastąpi każdorazowo w ramach omawianego udowodnienia, bowiem poprzez to udowodnienie (nie: zadeklarowanie, wyrażenie intencji, czy w inny niezobowiązujący sposób) następuje takie opisanie zasobu, jego konkretyzacja, ustalenie warunków i zasad oddania zasobu przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy, okresu tego udostępnienia, że można będzie uznać, że nastąpiło udowodnienie oddania przez ten podmiot zasobu. Kategoria pojęciowa „udowodnienie” ma szczególny, otwarty charakter, odnosząc się do istniejących w danych warunkach okoliczności i jako taka z definicji nie może być tak precyzyjnie opisana w ustawie, że obejmie swym zakresem wszelkie możliwe sytuacje.

Trudno stawiać postulat w odniesieniu do wskazanego przepisu, by był on na tyle kazuistyczny, że miałby obejmować szczegółowo wszystkie możliwe sytuacje dotyczące poszczególnych, wymienionych w nim kategorii zasobów i uwzględniać specyfikę zobowiązania wynikającą z charakteru oddania w każdym wypadku do dyspozycji konkretnego zasobu, skoro już w ramach samych kategorii zasobów wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 ustawy, mogą w odniesieniu do tych zasobów wystąpić sytuacje, gdy wskazane zobowiązanie do oddania zasobów będzie musiało obejmować szczególne warunki. Powyższe nie jest możliwe, pozostawałoby przy tym w sprzeczności z regułami dotyczącymi stanowienia przepisów prawa (Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002r. w sprawie zasad techniki prawodawczej, Dz.U. nr 100, poz. 908, § 5: Przepisy ustawy redaguje się zwięźle i syntetycznie, unikając nadmiernej szczegółowości, a zarazem w sposób, w jaki opisuje się typowe sytuacje występujące w dziedzinie spraw regulowanych tą ustawą; § 145 ust. 1 i 2: Jeżeli norma ma znajdować zastosowanie we wszystkich okolicznościach, w przepisie prawnym nie określa się okoliczności jej zastosowania. Jeżeli norma ma znajdować zastosowanie tylko w określonych okolicznościach, okoliczności te jednoznacznie i wyczerpująco wskazuje się w przepisie prawnym przez rodzajowe ich określenie: § 155 ust. 1: Jeżeli zachodzi potrzeba zapewnienia elastyczności tekstu aktu normatywnego, można posłużyć się określeniami nieostryimi, klauzulami generalnymi albo wyznaczyć nieprzekraczalne dolne lub górne granice swobody rozstrzygnięcia.).

Nie wydaje się trafnym rozumowanie, że wiedzę i doświadczenie można uzyskać od innego podmiotu na podstawie zobowiązania bądź na innej podstawie bez uczestnictwa takiego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Wiedza i doświadczenie, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych to kategoria traktowana łącznie, rozumiana jako ogół wiedzy teoretycznej i umiejętności praktycznych wynikających z wcześniejszych realizacji analogicznych lub zbliżonych dostaw, usług czy robót, które wyraz znajdują w treści udzielonych referencji (lub innych dokumentów – zgodnie z *rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*). O ile można – choćby w trybie procesu szkoleniowego – przekazać wiedzę a nawet pewne, wybrane elementy praktyki, to jednak pojęcie „doświadczenia” jest znacząco szerszą kategorią pojęciową: obejmuje nie tylko sferę znajomości praktycznej danego zagadnienia, ale także wynikającą z niej umiejętność reakcji w warunkach zmieniających się okoliczności, której nie da się uzyskać w sposób inny, aniżeli wcześniej osobiście uczestnicząc w podobnych przedsięwzięciach; to zbiór niewyuczonych reakcji wynikających z już nabytych doświadczeń. Tym samym, wiedza i doświadczenie, o których mowa

w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych to sfera zasobów integralnie związanych z podmiotem je posiadającym, niezdatnych do przekazania, udostępnienia bez osobistego uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. O ile, gdy wskazane wiedza i doświadczenie w przypadku dostaw nie wyrażają się bezpośrednio posiadaniem szczególnych informacji i umiejętności innych aniżeli znajomość procesu handlowego oraz w niezbędnym zakresie ogólnej znajomości przedmiotu dostawy, to inaczej jest gdy dotyczy to usług czy robót budowlanych. Tu za wykazywanym zasobem idą rzeczywiste umiejętności, które wykonawca powinien posiadać, by móc prawidłowo wykonać zamówienie.

Warunki udziału w postępowaniu znane na podstawie ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia są z definicji powiązane z potrzebą posiadania odpowiednich zasobów dla celów zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia. Wynika to z istoty warunku udziału w postępowaniu, jako istotnego z punktu widzenia wykonania zamówienia, warunkującego pewne i niezakłócone wykonanie zamówienia przez wykonawcę (zasada proporcjonalności i adekwatności postawionych warunków w odniesieniu do przedmiotu zamówienia).

Zatem każdorazowo, wykonawca zamierzający polegać na zasobach należących do innego podmiotu, który zobowiązał się do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, będzie obowiązany w celu przekonania, że spełnia postawiony warunek udowodnić, że odpowiedni zasób został mu udzielony. Wymienione w brzmieniu art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych jako przykładowy sposób tego udowodnienia, zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów każdorazowo powinno zatem zawierać podstawowe informacje o udostępnianym zasobie – w stopniu pozwalającym ocenić, czy udostępniany zasób jest zgodny z wymaganym przez zamawiającego; informacje dotyczące okresu tego udostępnienia, powinno uwzględniać charakter udostępnianego zasobu (przy wiedzy i doświadczeniu – niemożność ich oddania bez uczestnictwa podmiotu oddającego zasób w wykonaniu zamówienia), powinno wreszcie zawierać złożone w sposób wiążący i bezwarunkowy zobowiązanie się podmiotu trzeciego do oddania zasobu do dyspozycji wykonawcy. Dostrzeżenia w tym miejscu wymaga forma użyta w przepisie art. 26 ust. 2 b, zdanie drugie ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie ustawodawca wyznaczył w pewnym stopniu zakres zobowiązania: jego przedmiotem ma być oddanie do dyspozycji odpowiedniego zasobu na okres korzystania przy wykonywaniu zamówienia, co wskazuje na definitywne udostępnienie zasobu, a nie jedynie alternatywne czy warunkowe oświadczenie o umożliwieniu korzystania z posiadanego zasobu, uzależnione od rzeczywistej potrzeby jego uruchomienia, które w toku wykonywania zamówienia może się zaktualizować bądź nie. Jeśli postawiony warunek udziału

w postępowaniu jest proporcjonalny i adekwatny do przedmiotu zamówienia – potrzeba wykorzystania odpowiedniego zasobu, który jest przedmiotem tego warunku musi się w pewnym momencie wykonywania zamówienia zaktualizować, w przeciwnym wypadku postawiony warunek należałoby uznać za nadmierny lub zbędny do wykonywania zamówienia.

W oparciu o powyższe należało uznać, że zamawiający jest nie tylko uprawniony ale zobowiązany do oceny, czy na podstawie złożonych przez wykonawców zobowiązań (lub innych odpowiednich dokumentów) nastąpiło udowodnienie dysponowania wymienionym w tym dokumencie zasobem.

Powyższe wynika z literalnej wykładni przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tak argumentując uznano, że regulacja art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych służy wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu związana jest z niezbędnością posiadania odpowiednich zasobów do realizacji zamówienia. Wynika to z brzmienia art. 22, art. 25 i 26 ustawy Prawo zamówień publicznych, które jednoznacznie wskazują, że postawione przez zamawiającego warunki są związane z posiadaniem odpowiednich walorów i zasobów dla celu zagwarantowania prawidłowej realizacji zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy wprowadzono jako szczególną regulację umożliwiającą wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu (i z tą sytuacją samodzielnego niespełnienia warunku powiązaną) ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi.

Złożone w ofercie konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi, zobowiązania podmiotów trzecich do oddania zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia nie pozwalają uznać, że wykonawca ten udowodnił, że oddano mu wymagane treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia wiedzę i doświadczenie. Treść tych zobowiązań wskazuje, że:

- w zobowiązaniu firmy GNOM spółka z o.o. w Łodzi z dnia 20 września 2010r. [str. 73 – 75 oferty Odwołującego] wystawca „Zobowiązania” oświadczył, iż: „*niniejszym zobowiązuje się do oddania do dyspozycji „N.R.” Sp. z o.o. na potrzeby realizacji zamówienia publicznego „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne czyszczenie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013” własnego doświadczenia w zakresie: 1. Zimowego ręcznego oraz mechanicznego czyszczenia pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w sezonie 2008-2009 (referencje z Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi, ilość*

mechanicznie oczyszczanych pasów dróg -314,04 km, ilość ręcznie oczyszczanych powierzchni – 70 000 m²) 2. Mechanicznego zamiatania ulic (referencje z Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi, łączna ilość zamiecionych pasów dróg – 2 564,90 km) na czas korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia. Jednocześnie zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji „N.R.” Sp. z o.o., w okresie od rozpoczęcia realizacji zadania do dnia 31.10.2013r.: magazynu soli, położonego przy ul. Technicznej 20, spełniającego warunki opisane w SIWZ, 20 pługopiaskarek, spełniających warunki opisane w SIWZ (...);

- w zobowiązaniu firmy Grawil – Silesiana sp. z o.o. we Wrocławiu z 13 września 2010r. [str. 80 oferty Odwołującego] podano, że wystawca – firma Grawil – Silesiana sp. z o.o. zobowiązuje się „do oddania do dyspozycji własnego doświadczenia w zakresie utrzymania dróg firmie „N.R.” sp. z o.o. w Łodzi, tj.: referencje z GDDKiA o/Katowice – zimowe trzymanie dróg krajowych na terenie: Rejon Głiwice – sezon zimowy 2008/2009 – wartość 3 224 795,14 zł, na potrzeby realizacji kontraktu pn. „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013” na okres korzystania z ich przy wykonywaniu w/w zamówienia”;

- w zobowiązaniu firmy GNOM spółka z o.o. w Łodzi z dnia 20 września 2010r. [złożonym przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego przy piśmie z dnia 21 października 2010r.] wystawca „Zobowiązania” oświadczył, iż: „niniejszym zobowiązuje się do oddania do dyspozycji „N.R.” Sp. z o.o. na potrzeby realizacji zamówienia publicznego „Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2010-2013” własnego doświadczenia w zakresie: Zimowego utrzymania dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w sezonie 2005-2008 (referencje z Zarządu Dróg i Transportu w Łodzi rejon IV – 218,05 km pasa drogowego oraz rejon VII – 192,44 km pasa) na czas korzystania z nich przy wykonywaniu ww. zamówienia.”.

W świetle tak sformułowanych zobowiązań uznać należało, że wykonawca – konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi nie udowodnił, że będzie dysponował zasobami, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym w szczególności wymaganą przez Zamawiającego wiedzą i doświadczeniem. W przedmiotowych zobowiązaniach znalazły się jedynie ogólne oświadczenia o oddaniu wiedzy i doświadczenia, bez nawiązania do osobistego uczestnictwa podmiotów udzielającego przedmiotowych zobowiązań w wykonaniu zamówienia. Nie sposób przyjąć, by z samego faktu zawarcia w zobowiązaniach, oświadczeń, że ich wystawcy oddadzą do dyspozycji konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi wiedzę i doświadczenie należało wnioskować, że wystawcy tych zobowiązań będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a w konsekwencji, że udzielenie wiedzy

i doświadczenia w tym wypadku będzie pochodną uczestnictwa tych podmiotów w wykonaniu zamówienia. Dodatkowo, z treści zobowiązania firmy Grawil – Silesiana sp. z o.o. we Wrocławiu z 13 września 2010r. wynika wyraźnie, że jego przedmiotem jest oddanie do dyspozycji jedynie referencji. Stąd nietrafna jest argumentacja Zamawiającego zaprezentowana na rozprawie, zgodnie z którą gdyby referencje firmy Grawil-Silesiana, złożone na okoliczność spełnia warunków z pkt 6.2.1. SIWZ okazałyby się niewystarczające, to wystarczałoby zobowiązanie firmy GNOM Sp. z o.o. z dnia 20 września 2010 r. złożone w uzupełnieniu odpowiedzi przy piśmie konsorcjum NR i GO – TRAKT z 21 października 2010 r. bowiem z treści tego zobowiązania wynika łączne spełnienie wymaganego doświadczenia dotyczącego usług w odniesieniu do odcinka około 410 km pasa drogowego. Jak wykazano wyżej, wskazane zobowiązania są niewystarczające do uznania, że konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi udowodniło, zgodnie z wymaganiem art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych uzyskania do dyspozycji zasobu stanowiącego wiedzę i doświadczenie nie z uwagi na przedmiot usług, których dotyczą, ale z powodu niewykazania, że ich wystawcy będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

Nie sposób wnioskować, by z faktu zawarcia w „Zobowiązaniach”, oświadczeń, że ich wystawcy oddadzą do dyspozycji całą posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny należało wnioskować, że ich wystawcy będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia, a w konsekwencji, że udzielenie wiedzy i doświadczenia w tym wypadku będzie pochodną uczestnictwa tych podmiotów w wykonaniu zamówienia. Nie jest dopuszczalne pozostawienie tej kwestii domysłom lub wnioskowaniu Zamawiającego, jeśli wprost to nie wynika z treści zobowiązania. Nie jest także uprawnione wnioskowanie, zgodnie którym skoro w zobowiązaniu (lub innym dokumencie), o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych zawarto deklarację udzielenia innemu podmiotowi wiedzy i doświadczenia, to skutkuje to uczestnictwem wystawcy takiego oświadczenia w realizacji zamówienia. O ile bowiem możliwa jest relacja odwrotna – fakt uczestnictwa przez podmiot trzeci w wykonaniu zamówienia co do zasady implikuje wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu udzielającego tego zasobu, choć tylko w zakresie wynikającym z tego uczestnictwa - nie sposób uznać, by taka sama sytuacja zachodziła, gdy podmiot trzeci składa deklarację udzielenia wiedzy i doświadczenia a jednocześnie nie jest wykazane jego uczestnictwo w realizacji zamówienia, czy to jako podwykonawca czy na innej podstawie. Można sobie wyobrazić sytuację, gdy podmiot trzeci udzielając wiedzy i doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień

publicznych, co znajdzie wyraz w przekazaniu referencji (lub innego dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw, usług lub robót) z prawem do posłużenia się nimi w postępowaniu o zamówienie, w ogóle nie będzie uczestniczył w wykonaniu tego zamówienia albo jego uczestnictwo będzie obejmować zakres całkowicie odmienny i niezwiązany zupełnie z przedmiotem oddanego zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia. Taki stan będzie stanowił niewątpliwie użyczenie jedynie dokumentu w postaci referencji (lub innego tego rodzaju dokumentu) tylko dla formalnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, czemu sprzeciwia się zarówno cel wprowadzenia przepisu art. 26 ust. 2 b ustawy jak i jego brzmienie (wyrażona w tym przepisie niezbędność do realizacji zamówienia oddanego przez podmiot trzeci zasobu).

Powyższego nie może także zastępować złożona w piśmie przewodnim z dnia 13 października 2010r. (pkt 6 pisma), przekazanym przez wykonawcę wraz z uzupełnianymi dokumentami ogólna deklaracja, że będzie w ramach realizacji zamówienia zlecał wykonywanie prac podwykonawcom, zarówno w zakresie letniego jak i zimowego oczyszczania pasów dróg publicznych: powyższa deklaracja nie zastępuje bowiem oświadczenia podmiotów udostępniających wiedzy i doświadczenia w postępowaniu, że będą one uczestniczyć w wykonaniu usług objętych zamówieniem, nie wiadomo, że podwykonawcami, o których mowa w piśmie będą te właśnie podmioty, za pomocą tego pisma nie jest także wykazane, że wolą tych podmiotów jest uczestniczenie w realizacji zamówienia. Dodatkowo, z treści załączonej do oferty (str. 179 oferty) informacji o zamiarze korzystania z podwykonawstwa wynika, że konsorcjum ma zamiar korzystać z podwykonawcy (podwykonawców) tylko co do części 1, 3 i 6 zamówienia, co wskazuje, że część 4 zamówienia podmiot ten zamierzał realizować bez udziału podwykonawców. Nie sposób także odgadywać, że wobec niewątpliwego powiązania kapitałowego i osobowego pomiędzy jednym z członków konsorcjum (NR Sp. z o.o. w Łodzi) a podmiotem udostępniającym wiedzy i doświadczenia (GNOM spółką z o.o. w Łodzi) nastąpi uczestnictwo wystawcy zobowiązania w wykonaniu zamówienia. Powyższe nie stanowi i nie zastępuje obowiązku udowodnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy.

Tym samym uznano, że potwierdził się zarzut dotyczący – wobec uprzedniego wezwania Wykonawcy - Konsorcjum firm NR Sp. z o.o. w Łodzi i GO-TRAKT w Łodzi na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy do uzupełnienia w spornym zakresie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaniechania wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 a także zaniechania odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Nie potwierdził się natomiast zarzut dotyczący niespełnienia przez Konsorcjum firm NR Sp. z o.o. w Łodzi i GO-TRAKT w Łodzi warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału dotyczącego wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 6.1.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w pkt 6.1.2. 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał by wykonawca w ciągu ostatnich trzech lat wykonał (lub wykonywał) „co najmniej 1 usługi w zakresie mechanicznego oczyszczania - zmiatania utwardzonych dróg (krajowych, wojewódzkich, powiatowych lub gminnych) o długości strefy przykrawężnikowej minimum 70 km oraz ręcznego oczyszczania terenów o powierzchni nie mniejszej niż 100 000 m².”

Celem potwierdzenia spełnienia powyższego warunku Wykonawca wykazał wykonywane na rzecz AGENCJI Ochrony Osób i Mienia z Łodzi „zimowe ręczne oczyszczanie pasów drogowych” o sumarycznej powierzchni 635.000 m² oraz uzyskane z wykorzystaniem zobowiązania podmiotu trzeciego doświadczenie w zakresie mechanicznego zmiatania ulic na terenie Miasta Łodzi w rejonach VIII, IX, X w latach 2009-2010 (pozycja 4 Formularza nr 5 WYKAZ WYKONANYCH USŁUG, referencja str. 69-71 oferty), którego przedmiotem jest usługa mechanicznego zmiatania ulic.

Nie sposób w tym miejscu podzielić stanowiska Odwołującego, by sposób oceny spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, opisany w punkcie 6.1.2.2. SIWZ odnosił się do ręcznego, tylko letniego utrzymywania powierzchni. Na rozprawie ustalono, że powyższe stanowisko Odwołujący wywiódł z zestawienia pkt 6.1.2.1 oraz pkt 6.1.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym faktu, że w pierwszym zapisie wyraźnie mowa o usługach zimowego utrzymania utwardzonych dróg, co zdaniem Odwołującego dowodziło, że w kolejnym pkt, to jest w przytoczonym wyżej postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagane są usługi letniego oczyszczania (ręcznego i mechanicznego). Wniosek taki nie wynika jednak z przytoczonego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie wskazano w nim, że usługi mają dotyczyć letniego oczyszczania, co nakazuje wnioskować, że Zamawiający dopuszczał doświadczenie w zakresie ręcznego i mechanicznego oczyszczania utwardzonych dróg w zakresie opisanym w warunku, niezależnie od tego, czy będzie to dokonywane w warunkach zimowych czy letnich. Dostrzeżenia wymaga, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyznacza ona obowiązki wykonawców, jakie na ich ciężą w związku z chęcią uczestniczenia w postępowaniu, warunki jakim muszą wykonawcy sprostać, wskazuje dokumenty, jakie należy złożyć by w nim uczestniczyć. Z tego względu specyfikacja istotnych warunków zamówienia winna być precyzyjna i jasna w swej treści, zaś jej zapisy należy

czytać w sposób dosłowny, pozbawiony pola do domysłów i dedukcji przez wykonawców, bez potrzeby prowadzenia procesu wnioskowania co należy uczynić w jej wykonaniu, aby ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Szczegółowa i wnikliwa analiza treści wskazanego postanowienia pkt 6.1.2.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia opracowanej w przedmiotowym postępowaniu prowadzi do konkluzji, iż Zamawiający nie zamieścił wymagania, by wykonawcy ubiegający się o zamówienie wykazali się doświadczeniem w zakresie wyłącznie letniego oczyszczania dróg. Jeśli intencją Zamawiającego było zawarcie w specyfikacji takich regulacji, które nakładałyby na wykonawców obowiązek wykazania się w tej mierze doświadczeniem, dotyczącym letniego oczyszczania dróg, powinna ta intencja znaleźć wyraz w jednoznacznym brzmieniu specyfikacji.

Wniosek powyższy wynika nadto z wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na zadane w odniesieniu do tego zapisu pytania (odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1 udzielona wykonawcom w dniu 3 sierpnia 2010r.)

Z powyższych względów uznano, że nie potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia wybranego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

3. Nie potwierdził się w odniesieniu do oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących wymaganego w pkt 6.1.4.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia potencjału technicznego. Zgodnie z pkt 6.1.4.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, *„Każdy z Wykonawców winien dysponować zadaszonym magazynem soli drogowej, o konstrukcji stałej, szczelnej i podłożu betonowym lub asfaltowym (z podbudową betonową), wyprofilowanym w taki sposób aby w miejscu składowania środków chemicznych właściwościach higroskopijnych nie zbierała się woda. Konstrukcja magazynu winna zapobiegać przedostawaniu się środków chemicznych do gruntu. Magazyn powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych Miasta Łodzi, a jego minimalna pojemność dla jednej części zamówienia powinna wynosić nie mniej niż 250 t.”*

Na potwierdzenie spełnienia warunku wykonawca wskazał lokalizację 2 budynków, jeden własny położony na terenie nieruchomości położonej w Łodzi przy ul. Wedmanowej 8 a drugi oddany do dyspozycji Konsorcjum przez firmę GNOM zlokalizowany na terenie nieruchomości położonej w Łodzi przy ul. Technicznej 20.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzuty jedynie w odniesieniu do jednego z budynków, to jest udostępnionego przez firmę GNOM sp. z o.o. w Łodzi, co nakazuje uznać, że nie

zakwestionowana została wskazana w wykonaniu wspomnianego warunku druga lokalizacja magazynu soli, to jest własny obiekt jednego z członków konsorcjum, położony przy ul. Wedmanowej 8.

W odniesieniu do zapisu zawartego w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych [oferta Konsorcjum firm NR Sp. z o.o. w Łodzi i GO-TRAKT w Łodzi, poz. 11, str. 107 oferty] Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących wskazanych magazynów soli, na co wykonawca udzielił odpowiedzi o treści: „(...) *wyszczególnione w wykazie narzędzia, wyposażenie zakładu oraz urządzenia techniczne posiadają parametry tożsame z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w pkt 6.1.4 SIWZ*”. Oceniając tak sformułowane wyjaśnienie (stanowiące raczej oświadczenie) należało uznać, że winno ono pozostawiać daleko idący niedosyt ze strony zobowiązanego do ich oceny Zamawiającego co do tego, czy potwierdzono spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Zauważyć bowiem należało w tym miejscu, że Zamawiający wyraźnie wymagał, by w razie gdy wykonawca będzie składał ofertę na więcej niż jedną część zamówienia, budynek posiadał odpowiednio większą pojemność - dla jednej części zamówienia nie mniej niż 250 t, co oznacza że przy złożeniu oferty na cztery części należało dysponować budynkiem (budynkami) o pojemności czterokrotnie większej. Złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenie nie tylko nie pozwala zbadać, czy budynki posiadają wymagane parametry i właściwości, ale również czy spełniono warunek pojemności budynku przeznaczonego na magazyn soli dla czterech części zamówienia, skoro nie sposób z niego wywnioskować żadnych informacji na temat posiadanego wyposażenia, poza ogólnym stwierdzeniem, że posiadają parametry tożsame z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w pkt 6.1.4. W tych warunkach ocena spełniania przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu staje się iluzoryczną, ograniczoną do przyjęcia oświadczenia wykonawcy bez poddawania go analizie. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tom I Instrukcja dla wykonawców, pkt 7.1.5), w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca obowiązany był dołączyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – zgodnie z formularzem Nr 6. Formularz ten natomiast wyszczególnia wymagane przez Zamawiającego urządzenia, narzędzia i inne elementy, pozostawiając zarazem do wypełnienia przez wykonawców kolumnę tytułowaną „*Opis narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych jakimi dysponuje Wykonawca na potwierdzenie warunku określonego w pkt 6.1.4 SIWZ*”. Z powyższego wynika, że obowiązkiem wykonawców było wypełnienie wskazanej kolumny poprzez podanie konkretnych cech (opisu) posiadanej

infrastruktury, którego to wymagania nie wyczerpuje ogólne i blankietowe wskazanie nazwy sprzętu z określeniem „zgodne z opisem w SIWZ”.

Biorąc jednak pod uwagę okoliczność, że Odwołujący postawił zarzut wyłącznie w odniesieniu do budynku wykazanego przez konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi położonego przy ul. Technicznej 20, kwestia drugiego budynku nie mogła być rozpatrywana. W myśl bowiem art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym niedopuszczalnym było przesądzanie o spełnieniu lub nie postawionego w tym zakresie warunku, wobec niepodniesienia jakiegokolwiek zarzutu co do drugiego budynku, przy jednoczesnej niedopuszczalności z urzędu ewentualnego uwzględnienia występujących w tej mierze okoliczności.

Powyższe decydowało o uznaniu, że Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu, iż konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi nie spełniło postawionego warunku w zakresie potencjału technicznego.

4. Uznano za zasadny analogiczny zarzut podniesiony w odniesieniu do oferty złożonej przez GNOM spółka z o.o. w Łodzi, dotyczący braku potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących wymaganego w pkt 6.1.4.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia potencjału technicznego.

Na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania budynku przeznaczonego na magazyn soli wykonawca wskazał budynek zlokalizowany na terenie nieruchomości położonej w Łodzi przy ul. Technicznej 20 [oferta GNOM sp. z o.o., wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, poz. 11, str. 53 oferty], podając, że jest to *magazyn soli drogowej przy ulicy Technicznej 20, zgodny z opisem SIWZ*, stanowiący własność wykonawcy.

Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcę do „*wyjaśnienia złożonego wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia w zakresie zawartych w nim zapisów, że wykazane w nim narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne są zgodnie z SIWZ. Prosimy o potwierdzenie, że w/w stwierdzenie stwierdzenia oznacza, że wyszczególnione w wykazie narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne posiadają parametry tożsame z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w pkt 6.1.4 SIWZ*” [pismo Zamawiającego z dnia 11 października 2010r. nr ZDIT.NZ.3321-752/10].

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca udzielił odpowiedzi o treści: „*(...) wyszczególnione w wykazie narzędzia, wyposażenie zakładu oraz urządzenia techniczne posiadają parametry tożsame z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w pkt 6.1.4 SIWZ*”. Oceniając tak sformułowane

wyjaśnienie należało uznać, że winno ono wywołać ze strony Zamawiającego poważne wątpliwości co do tego, czy spełniono postawiony warunek.

Podkreślenia wymaga, że tak udzielona odpowiedź nie pozwala na rzeczywistą analizę i ocenę przez Zamawiającego, czy wykonawca spełnia postawione warunki. Odpowiedź ta w istocie zawiera jedynie oświadczenie o spełnieniu przez wykonawcę warunku w odniesieniu do wymaganego sprzętu, urządzeń i narzędzi. Istotne jest w tym miejscu, że Zamawiający wymagania co do ilości i rodzaju sprzętu powiązał wyraźnie ze złożeniem oferty na jedną lub więcej części zamówienia, przy czym na niektóre, z tych części należało spełniać wspomniane warunki w sposób szczególny. Wykonawca składając ofertę na cztery części zamówienia (2, 8, 11 i 12) wskazując jeden budynek na cele magazynu soli [własny budynek przy ul. Technicznej 20 – wykaz narzędzi wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, str. 53 oferty] bez szerszego opisu nie dał Zamawiającemu realnej możliwości dokonania oceny spełnienia warunku w odniesieniu do czterech części zamówienia, to jest oceny nie tylko czy budynek spełnia wymagania techniczne (wyprofilowanie, nieprzedostawanie się soli do podłoża) ale także – wobec złożenia przez GNOM sp. z o.o. oferty na cztery części zamówienia - czy pojemność tego budynku odpowiada czterokrotności wymaganej minimalnej pojemności, tj. 250 t.

Następnie, wątpliwości powinno budzić nie tylko ogólne sformułowanie zawarte w wykazie ale także fakt, że ten sam budynek został udostępniony przez GNOM spółka z o.o. w Łodzi dla konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi, na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe oznacza, że budynek ten miał zapewnić możliwość przechowywania soli wykonawcy GNOM sp. z o.o. w ramach czterech części zamówienia, a także dla konsorcjum NR i GO-TRAKT – dla celów nieokreślonej (wobec wskazania dwóch budynków), ale przynajmniej jednej części zamówienia.

Również wyniki postępowania dowodowego przeprowadzonego na rozprawie stawiają uzasadnione wątpliwości, czy budynek spełniał w dniu składania ofert warunki postawione przez Zamawiającego: załączone do odwołania fotografie sporządzono już po złożeniu ofert, zaś Przystępujący oświadczyli, że po złożeniu ofert podjęli prace mające na celu modernizację tego budynku przedkładając fotografie obrazujące, według ich oświadczeń stan z dnia poprzedzającego rozprawę, to jest w toku prac budowlanych. Powyższe czyni zasadnym wniosek o potrzebie dokonania starannej i wnikliwej analizy spełniania w powyższym zakresie warunku postawionego przez Zamawiającego, w ramach ponownego badania i oceny oferty wykonawcy

GNOM spółka z o.o. w Łodzi, w tym wezwania do wyjaśnienia powyższej kwestii na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy.

Zasadą jest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, że wezwanie do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu może być wystosowane do wykonawcy jednokrotnie. Wezwanie Zamawiającego stanowiło w istocie wnioski o potwierdzenie, że stwierdzenie zawarte w ofercie oznacza, że wyszczególnione w wykazie narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne posiadają parametry tożsame z wymaganiami opisanymi przez Zamawiającego w pkt 6.1.4 SIWZ, co pozwala uznać, że nie została w pełni zrealizowana dyspozycja art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Udzielona przez wykonawcę ogólna odpowiedź zdaje się być bowiem konsekwencją tak sformułowanego wezwania, co czyni zasadnym ponowne wezwanie wykonawcy do wyjaśnienia w tym zakresie złożonego wykazu w części dotyczącej zakwestionowanego w odwołaniu budynku mającego stanowić magazyn soli.

4. W odniesieniu do zarzutu rażąco niskiej ceny, dostrzeżenia wymaga, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego przedstawione w ofertach konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i Bogusław Turczak prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi – dla części 3 i 4 zamówienia, jak i w ofercie GNOM spółka z o.o. w Łodzi – dla części 8, ceny za wykonanie zamówienia powinny były wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do poprawności ich kalkulacji.

Zamawiający wezwał konsorcjum wykonawców NR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi w odniesieniu do części 4 zamówienia, do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w tej części cena różniła się znacząco od pozostałych ofert, w tym o 34% od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Zamawiający wystosował także wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do wyjaśnienia kwestii cen jednostkowych oferty złożonej przez GNOM spółka z o.o. w Łodzi.

Wbrew stanowisku Zamawiającego, podstawą takich wątpliwości mogło być nie tylko skonfrontowanie cen zawartych w ofertach z kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, czy też wartością szacunkową zamówienia, ale także porównanie ich z cenami innych wykonawców, lub szerzej – z cenami oferowanymi na rynku za podobny przedmiot i to nie tylko cenami końcowymi ale także cenami jednostkowymi. Zgodnie z treścią art. 90 ustawy, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do

przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. 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. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Biorąc pod uwagę powyższe, ustalenie, iż cena oferty jest niższa od cen innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania danej ceny za rażąco niską. Podzielono pogląd, iż cena nie może być oceniana wyłącznie według kryterium arytmetycznego (wyrok ETS z dnia 18 czerwca 1991r. w sprawie C - 295/89 również wyrok ETS w sprawie 76/81 („Transporoute”) i wyrok ETS z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88 („Fratelli Costanzo”). Należy zatem każdorazowo poddać ocenie konkretny stan faktyczny.

Przytoczony wyżej przepis nakazuje wątpliwości co do poprawności kalkulacji ceny odnosić do ceny za wykonanie zamówienia. Pojęcie ceny, w myśl art. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, należy rozumieć zgodnie z brzmieniem art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.). W myśl wskazanego przepisu, cena oznacza wartość wyrażoną w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę; w cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług oraz podatkiem akcyzowym. Z przepisu tego wynika zatem, że ceną jest cena umowna – którą kupujący obowiązany jest do zapłaty za zakupiony towar lub usługę. Stąd zasadne jest badanie, co jest rzeczywistym przedmiotem operacji gospodarczej w świetle danego stosunku zobowiązaniowego: w analizowanej sprawie jeden złożony przedmiot zamówienia rozumiany jako zespół czynności rozpatrywanych łącznie czy też

poszczególne usługi traktowane samodzielnie, a w konsekwencji – jak uregulowano stosunek zobowiązaniowy w zakresie ceny za wykonanie zamówienia.

Zamawiający na gruncie analizowanej sprawy wykazywał, że wykonawca ma prawo skalkulować wewnętrzne elementy oferty (a tym samym ceny poszczególnych usług składających się na wykonanie zamówienia) w sposób dowolny, w tym taki, który umożliwi mu otrzymanie większej części zapłaty lub wcześniejszej płatności za część wykonanego zamówienia, bowiem ocenie podlega cena za całość zamówienia. Powyższa argumentacja opiera się na założeniu, że cena jest pewną wynikową wartością za wykonanie całości zamówienia, na którą składają się elementy, których jednostkowa wycena pozostaje już bez znaczenia dla tej ceny, jeśli tylko w całości odpowiada ona kosztom i nakładom ponoszonym w związku z wykonaniem zamówienia, powiększonym o odpowiedni zysk. Wykonawcy mogą zatem wyceniać niektóre usługi znacząco drożej aniżeli ponoszone nakłady i koszty, inne zaś poniżej rzeczywistych kosztów, byleby cena jako całość bilansowała całe przedsięwzięcie – wycena elementów składających się na cenę końcową jest w tym wypadku jedynie technicznym zabiegiem, który odbywa się niejako „wewnątrz ceny”, bez znaczenia dla oceny, czy nie mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

W analizowanej sprawie mamy do czynienia z inną sytuacją. Cena to nie płacona ryczałtem wartość za ogół opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (formularzu cenowym) usług, ale ceny jednostkowe za poszczególne usługi wchodzące w zakres zamówienia, których płatności są uzależnione od rzeczywistego ich zrealizowania (co do niektórych usług – rzeczywistej potrzeby ich wykonania w odpowiednim wymiarze i czasie, która zaktualizuje się zależnie od warunków zewnętrznych, np. odśnieżanie). Przyjęte przez Zamawiającego zasady rozliczeń jednoznacznie nawiązują do systemu płatności za jednostkowe usługi, rzeczywiście wykonane. Na gruncie analizowanej sprawy, charakter nadany przez Zamawiającego cenie za wykonanie zamówienia wynika z postanowień pkt 16.3, 16.5 i 16.6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W myśl pkt 16.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, podstawą płatności będzie cena jednostkowa, skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową dla pozycji wyszczególnionej w Formularzu cenowym. Pkt 16.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi zaś, że Wykonawca zobowiązany jest do określenia ceny jednostkowej netto dla każdej pozycji wymienionej w formularzu cenowym. Cenę oferty stanowi wartość usług ogółem - brutto określona w ostatniej pozycji Formularza cenowego (dla każdej części).

W myśl natomiast § 11 projektu umowy, obowiązującą formą wynagrodzenia, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wybraną w trybie przetargu ofertą Wykonawcy

będzie wynagrodzenie obliczone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych prac.

Z powyższego wynika, że w przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe to nie ceny o wewnętrznym, technicznym znaczeniu, które miałyby co najwyżej zobrazować sposób kalkulacji ceny za wykonanie zamówienia, albo służyć jedynie prezentacji elementów, jakie składają się na cenę za wykonanie zamówienia, ale ceny rzeczywiste do zapłaty.

Zamawiający nie przyjął zatem mechanizmu rzeczywistego ryczałtu, polegającego na wskazaniu przez wykonawcę kwoty za wykonywane przez okres trzech lat oczyszczanie letnie i zimowe miasta w poszczególnych rejonach, który to ryczałt zostałby odpowiednim algorytmem rozłożony na poszczególne okresy rozliczeniowe (przykładowo miesięczne) i w tej wysokości rozliczany z tytułu wykonywania umowy. W analizowanej sprawie powyższa sytuacja nie ma miejsca. Zamawiający wyraźnie podał w pkt 16.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że podstawą płatności będzie cena jednostkowa, skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową dla odpowiedniej usługi. Powyższy zapis nie budzi wątpliwości. Jeśli zatem zaistnieje potrzeba wykonania usług w wymiarze większym aniżeli przewidziane w obmiarze (formularzu cenowym) Zamawiający zobowiązany będzie do zapłaty kwoty z tytułu tego zwiększonego wykonania usług według cen jednostkowych za daną usługę. Powyższe wskazuje, że ceną za wykonanie zamówienia nie jest łączna cena podawana w ofercie za wykonanie ogółu usług (określona ceną oferty) w ilości przyjętej wg obmiarów (założonych w formularzach cenowych) na podstawie danych historycznych z poprzednich lat, czyli przewidywanych i będących podstawą oszacowania ich ilości, ale cena za odpowiednią usługę rozpatrywaną samodzielnie. W tych okolicznościach nie sposób uznać za wiarygodne twierdzenia Zamawiającego na rozprawie, że co do rozliczenia zamówienia po ewentualnym wyczerpaniu kwoty, stanowiącej cenę oferty, w takim wypadku wykonawca będzie zobowiązany do wykonywania zamówienia za podaną przez siebie w ofercie cenę łączną (cenę ofertową). Oświadczenie to pozostaje w sprzeczności z przytoczonymi wyżej postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projektem umowy, przewidującymi płatności za wykonane usługi według cen jednostkowych. W tych warunkach ceny jednostkowe mają zatem cechy samodzielnych cen za wykonanie poszczególnych usług składających się na złożone zamówienie.

Potwierdzają to nie tylko postanowienia pkt 16.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale także dalsze jej zapisy, dotyczące opisu szczegółowego poszczególnych usług. Uszło uwadze stron, że Zamawiający wyraźnie i jednoznacznie w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nałożył obowiązek skalkulowania cen jednostkowych w sposób realny –

odzwierciedlający rzeczywiście ponoszone koszty i nakłady na wykonanie każdej jednostki zamówienia – osobnej usługi. Każda usługa została szczegółowo opisana w załączniku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tom II Szczegółowa Specyfikacja Techniczna) w podziale na tematy: zakres usługi, termin wykonania, charakterystyka usługi, odbiór i rozliczenie prac. W części tytułowanej „Odbiór i rozliczenie prac” co do każdej z usług wyraźnie i w sposób definitywny (poprzez użycie słowa „musi”) sformułowano wymaganie, by cena jednostkowa obejmowała wartość wykonania danej usługi. Przykładowo można wskazać usługę „oczyszczanie jezdni” gdzie zawarto wymaganie (str. 113 specyfikacji istotnych warunków zamówienia): *„Usługa rozliczana będzie zgodnie ze stawką zawartą w ofercie cenowej, a jej uśredniona cena jednostkowa musi zawierać wartość wykonania usługi (...)”*. Podobnie w odniesieniu do oczyszczania jezdni cyklicznego (str. 115 specyfikacji istotnych warunków zamówienia): *„Usługa rozliczana będzie zgodnie ze stawką zawartą w ofercie cenowej, a jej uśredniona cena jednostkowa musi zawierać wartość wykonania usługi (...)”*, mycia powierzchni utwardzonych (str. 117 specyfikacji istotnych warunków zamówienia): *„Usługa rozliczana będzie zgodnie ze stawką zawartą w ofercie cenowej, a jej uśredniona cena jednostkowa musi zawierać wartość wykonania usługi (...)”* oraz każdej innej usługi składającej się na wykonanie zamówienia (załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tom II Szczegółowa Specyfikacja Techniczna, części „Odbiór i rozliczenie prac” wszystkich opisanych usług).

Opisane wymaganie Zamawiającego, bardzo przecież kategorycznie sformułowane wyraźnie nakazuje wycenić poszczególne usługi w sposób rzeczywisty, czym zamyka drogę do kreatywnego traktowania przez wykonawców wyceny poszczególnych usług, w tym znacznie przeszacowanego podawania cen jednostkowych jednych usług, zaniżonego zaś skrajnie innych. Powyższe działanie optymalizacyjne byłoby bowiem do zaakceptowania przy cenie za całość zamówienia, która byłaby skonstruowana jako zapłata za pewien zespół usług rozpatrywanych łącznie, w sposób zagregowany, ale nie wtedy gdy zapłata następuje za rzeczywiście wykonane usługi, rozpatrywane samodzielnie.

Potwierdzeniem powyższego są dodatkowo odpowiedzi Zamawiającego na zadane pytania co do brzmienia specyfikacji. W kierowanych do wykonawców odpowiedziach na zadane pytania przy piśmie z dnia 14 września 2010r. Nr ZDiT.NZ.3320-82/10 Zamawiający [zestaw 3, odpowiedź na pyt. Nr 7, str. 9 pisma] podał, że nie przewiduje żadnych zmian w zakresie przedmiotu zamówienia, w tym uwzględnienia gotowości wykonawcy do świadczenia usług *a wszelkie koszty wykonawca musi wliczyć w ceny poszczególnych usług. Ważnym jest fakt, który znany jest od lat, że każdy wykonawca określa wartość zamówienia całościowo i kalkuluje ceny nie w oparciu o wartość danej usługi ale całego zamówienia więc twierdzenie pytającego pozbawione jest jakichkolwiek podstaw i zmierza w*

ocenie zamawiającego do zapewnienia sobie stałych dochodów niezależnie od ilości wykonanych usług co z kolei naruszałoby w sposób jawny interes publiczny.

Wobec powyższego, skoro ceny jednostkowe są cenami do zapłaty, mogą być one rozpatrywane w kategorii rażąco niskiej ceny. Natomiast cena, którą podał wykonawca w formularzu ofertowym była wartością ogółem brutto z podatkiem VAT wymaganą przez Zamawiającego na potrzeby porównania ofert w prowadzonym postępowaniu, brana pod uwagę podczas w trakcie oceny ofert przy zastosowanym kryterium najniższej ceny.

W sprawie bezspornym jest, że konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi, w złożonej ofercie (formularzu cenowym) dla części 3 i 4 podało ceny jednostkowe, które powinny wywołać uzasadnione wątpliwości, czy nie są rażąco niskie:

- za odśnieżanie powierzchni utwardzonych interwencyjne: cena 5 zł za 100 m²- dla części 3 oraz części 4;
- w odniesieniu do oczyszczania ręcznego cyklicznego: 3 grosze za 1 m²; oczyszczania ręcznego interwencyjnego „lekkiego”: 10 groszy za 1 m²; oczyszczania ręcznego interwencyjnego „ciężkiego” 15 groszy za 1 m² - dla części 3;
- w odniesieniu do oczyszczania ręcznego cyklicznego: 2 grosze za 1 m²; oczyszczania ręcznego interwencyjnego „lekkiego”: 10 groszy za 1 m²; oczyszczania ręcznego interwencyjnego „ciężkiego” 15 groszy za 1 m² - dla części 4.

Jednocześnie wykonawca podał cenę 2.000 zł za jeden km wyjazdu w ramach „Zapobiegania i zwalczania śliskości” (wariant II) dla części 4 zamówienia.

Powyższe ceny zasadnie wywołały wątpliwości Zamawiającego (pismo Zamawiającego z dnia 8 października 2010r. ZDiT.N.Z.3321-744/10). W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny dla części 4 zamówienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca złożył wyjaśnienia oraz kalkulację z której wynika, że rzeczywiste koszty wykonywania poszczególnych usług są inne aniżeli przedstawione w formularzu ofertowym.

Ocena tych wyjaśnień, oraz ceny jednostkowe zawarte w ofercie dla części 4 powinny były skutkować uznaniem, że ceny te mają charakter rażąco niskich, co w konsekwencji winno znaleźć wyraz w decyzji o odrzuceniu oferty konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi w części 4 zamówienia na podstawie art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe decydowało o uznaniu zasadności zarzutu co do naruszenia wskazanych przepisów.

5. W odniesieniu do części 3 zamówienia Zamawiający, winien był powziąć wątpliwości, czy ceny jednostkowe podane w ofercie konsorcjum NR i GO-TRAKT za wymienione w formularzu usługi, takie jak oczyszczanie ręczne cykliczne, oczyszczanie ręczne interwencyjne „lekkie”, oczyszczanie ręczne interwencyjne „ciężkie” nie dawały podstawy do zastosowania trybu przewidzianego w art. 90 ustawy, w celu ustalenia czy ceny te nie mają charakteru rażąco niskich. Z tego powodu uwzględniono zarzut odwołania w powyższym zakresie. Nakazywanie wzywania konsorcjum wykonawców NR spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i GO - TRAKT Bogusław Turczak w Łodzi do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych w ramach ponownego badania i oceny oferty w części 3 zamówienia staje się jednak bezprzedmiotowe, wobec uwzględnienia zarzutu dalej idącego, opisanego w pkt 1 uzasadnienia, to jest nakazania wykluczenia wykonawcy z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

6. Potwierdził się także zarzut odwołania co do niezastosowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w ofercie GNOM spółki z o.o. w zakresie części 8.

W ofercie tego wykonawcy wskazano ceny jednostkowe za „Odśnieżanie powierzchni utwardzonych – interwencyjne” w zakresie części 8 na poziomie 5 zł za 100 m², tj. 5 groszy za 1 m². Tak podane ceny jednostkowe powinny wywoływać ze strony Zamawiającego wątpliwości co do tego czy są one skalkulowane w sposób rynkowy, co z kolei winno znaleźć wyraz w zastosowaniu procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, pismem z dnia 8 października 2010r. nr ZDiT.NZ.3321-745/10 wezwał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w zakresie cen jednostkowych dla rejonu II, VIII i IX, to jest cen jednostkowych za usługi „zapobiegania i zwalczania śliskości oraz pługowania wraz ze zwalczaniem śliskości” wg wariantu I w stosunku do wariantu II, usługi „interwencyjnego odśnieżania powierzchni utwardzonej” oraz „oczyszczania cyklicznego letniego i zimowego”, co wskazuje, że kwestia cen jednostkowych wzbudzała wątpliwości Zamawiającego. Treść oferty, w tym ceny jednostkowe za wymienione usługi dawały podstawy do zastosowania trybu przewidzianego w art. 90 ustawy, w celu ustalenia czy ceny te nie mają charakteru rażąco niskich. Jak wskazano wyżej, ceny jednostkowe, w konkretnej sytuacji mogą być rozważane w kategorii ceny rażąco niskiej. Z taką sytuacją mamy do czynienia w tym wypadku. Zamawiający winien zatem wezwać wykonawcę GNOM spółka z o.o. w Łodzi na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu

ustalenia czy ceny te nie mają charakteru rażąco niskich. Z tego powodu uwzględniono zarzut odwołania w powyższym zakresie nakazując dokonanie ponownego badania i oceny oferty GNOM sp. z o.o. w Łodzi w części 8. W ramach tych czynności należy wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, a następnie dokonać oceny tych wyjaśnień z uwzględnieniem okoliczności przytoczonych w uzasadnieniu orzeczenia.

Opisane naruszenia ustawy Prawo zamówień publicznych mają wpływ na wynik postępowania, o którym mowa w art. 192 ust. 2 ustawy, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w zakresie szczegółowo opisanym wyżej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: