

Sygn. akt: KIO 1958/11

WYROK
z dnia 26 września 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12.09.2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Remondis Gliwice Spółka z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice oraz Remondis Tarnowskie Góry Spółka z o.o., ul. Nakielska 1 – 3, 42-600 Tarnowskie Góry** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, ul. Pyskowicka 54, 42-600 Tarnowskie Góry** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie zimowe nawierzchni jezdni dróg powiatowych na terenie gminy Tarnowskie Góry” (nr ref. ZDP-/ZP/4/7/2011) ,

przy udziale wykonawcy **Jacek Wieczorek prowadzącego jako osoba fizyczna działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania w wysokości **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych i zero groszy) obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Remondis Gliwice Spółka z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice oraz**

Remondis Tarnowskie Góry Spółka z o.o., ul. Nakielska 1 – 3, 42-600 Tarnowskie Góry i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **Remondis Gliwice Spółka z o.o., ul. Kaszubska 2, 44-100 Gliwice oraz Remondis Tarnowskie Góry Spółka z o.o., ul. Nakielska 1 – 3, 42-600 Tarnowskie Góry,**

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 26 września 2011 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1958/11

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, ul. Pyskowicka 54, 42-600 Tarnowskie Góry prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Utrzymanie zimowe nawierzchni jezdni dróg powiatowych na terenie gminy Tarnowskie Góry” (nr ref. ZDP-/ZP/4/7/2011).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 19.07.2011 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

W dniu 22.07.2011 r. ogłoszenia o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2011/S 139-230837.

W dniu 01.09.2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Jacek Wieczorek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych Jacek Wieczorek z siedziba w Bytomiu przy ulicy Łokietka 4.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12.09.2011 r. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, polegające na nie wezwaniu Zakładu Usługowego Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek z siedzibą w Bytomiu przy ul. Łokietka 4 do złożenia uzupełnionego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (zał. nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) o informacje dotyczące doświadczenia wskazanych tam osób w zakresie zimowego utrzymania nawierzchni dróg oraz wskazania podstawy dysponowania tymi osobami przez wykonawcę,

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, polegające na nie zwróceniu się przez Zamawiającego do Zakładu Usługowego Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek z siedzibą w Bytomiu przy ul. Łokietka 4 o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i w konsekwencji nie odrzucenie oferty wspomnianego wykonawcy z tytułu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenie czynności badania ofert złożonych w toku postępowania,

2. wezwania Wykonawcy: Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia uzupełnionego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (zał. nr 4 do SIWZ) o informacje dotyczące doświadczenia wskazanych tam osób w zakresie zimowego utrzymania nawierzchni dróg oraz wskazania podstawy dysponowania tymi osobami przez wykonawcę,
3. zwrócenia się do wykonawcy Zakładu Usługowego Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w odniesieniu do usług obejmujących zimowe utrzymanie 100 mkw dróg powiatowych w okresie jednej doby w standardzie III,
4. odrzucenie oferty Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp z tytułu rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia.
5. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
6. uznanie oferty Remondis Gliwice Spółka z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Kaszubskiej 2 za najkorzystniejszą w toku rzeczzonego postępowania,
7. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym spisem kosztów.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż na mocy pisma z dnia 31.08.2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że w toku postępowania przetargowego za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek z siedzibą w Bytomiu przy ul. Łokietka 4.

W ocenie Odwołującego rozstrzygnięcie Zamawiającego w tym względzie jest nieprawidłowe i sprzeczne z postanowieniami ustawy Pzp.

W pierwszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający w cz. IV SIWZ pn.: OPIS WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW, w zakresie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymagał od wykonawców legitymowaniem się osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, które odpowiednio będą posiadały min. 2 lub 3 letnie doświadczenie związane z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg (pkt 2.2 lit b) ppkt 1 i 3). Jednocześnie w cz. V SIWZ pn.: WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW, JAKIE MAJA DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU, w celu potwierdzenia, że wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, zobowiązany on był załączyć do oferty: „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, niezbędnych do wykonania

zamówienia a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi posiadanie wymaganych uprawnień (...) - Załącznik nr 4 do SIWZ (...)".

Zdaniem Odwołującego z analizy przywołanych zapisów wynika jednoznacznie, że każdorazowo wykonawca zobowiązany był wskazać w ofercie m.in. podstawę dysponowania osobami wskazanymi w ofercie jako zdolne do wykonania zamówienia oraz ich doświadczenie związane z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg. Przez dysponowanie rozumieć należy w tym kontekście: więź pomiędzy wykonawcą a wskazanymi osobami, opartą o pracowniczy stosunek prawny lub inny stosunek cywilnoprawny oraz korzystanie z potencjału udostępnionego przez inny podmiot w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Wnikliwa analiza treści oferty Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek dowodzi, zdaniem Odwołującego, że wykonawca ten w żadnym miejscu złożonej przez siebie oferty, w szczególności w załączniku nr 4 do SIWZ, nie ujawnił informacji dotyczących podstawy dysponowania osobami wskazanymi jako uczestniczącymi w wykonaniu zamówienia, jak również nie wykazał doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w odniesieniu do wskazanych osób, faktycznie realizujących przedmiot zamówienia. W rubryce „Dysponuję lub będę dysponował” przywołanego wcześniej załącznika, wspomniany podmiot oświadczył jedynie, że dysponuje daną osobą, jednakże nie wskazał wymaganej treścią SIWZ podstawy dysponowania. Z kolei w rubryce: „Doświadczenie i wykształcenie, praktyka, lata pracy”, w odniesieniu do doświadczenia, wskazano ogólną ilość lat doświadczenia danej osoby bez wskazania jego zakresu mimo faktu, że Zamawiający, w odniesieniu do wskazanego grona osób, wymagał legitymowania się minimalnym okresem praktyki w odniesieniu do zimowego utrzymania nawierzchni dróg.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, iż wobec faktu nie ujawnienia wspomnianych informacji w ofercie, Zamawiający zobowiązany był wezwać Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do złożenia uzupełnionego wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia o informacje dotyczące doświadczenia wskazanych tam osób w zakresie zimowego utrzymania nawierzchni dróg oraz wskazania podstawy dysponowania tymi osobami. Zaniechanie tej czynności stanowi zamach na zasady udzielania zamówień publicznych, wynikające z obowiązujących regulacji w tym względzie.

W drugiej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że Zamawiający w cz. II SIWZ dokonał opisu przedmiotu zamówienia. W rzeczonym opisie, wskazał pięć różnych działań, które łącznie oznaczone zostały jako: utrzymanie zimowe nawierzchni dróg powiatowych na terenie Gminy Tarnowskie Góry. W cz. XVI SIWZ pn.: SPOSÓB OCENY OFERT ORAZ KRYTERIA, Zamawiający opisał sposób wyceny przedmiotu zamówienia oraz metodologię

kalkulacji cen. W cenie Odwołującego ujawnione zapisy jednoznacznie wskazują, że wola Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach była chęć uzyskania indywidualnych ofert cenowych odrębnie dla każdego zadania. Potwierdza to, zdaniem Odwołującego, konstrukcja załącznika nr 1 do SIWZ - Formularz oferty, który nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający oczekiwał wskazania indywidualnych wycen w odniesieniu do wskazanych zakresów czynności, bowiem każda z cen stanowiła odrębną podstawę oceny w procesie przyznawania punktów. Wprawdzie Zamawiający wskazał jako jedyne kryterium cenę, jednakże rozpatrywał odrębnie pięć różnych cen w odniesieniu do pięciu różnych zadań, które faktycznie potraktował jako pięć różnych zakresów obitych wspólną nazwą. Tak więc, w ocenie Odwołującego, każda ze zgłoszonych cen winna być traktowana jako byt odrębny i w takich też kategoriach winna być poddana stosownej kontroli.

Następnie w uzasadnieniu zostało podniesione, że Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, w odniesieniu do zadania II - zimowe utrzymanie 100 m kwr dróg powiatowych za okres jednej doby w standardzie III, zaproponował wynagrodzenie w wysokości 0,07 zł. W ocenie Odwołującego analiza rynku usług objętych przedmiotem zamówienia wskazuje, że biorąc pod uwagę średnie ceny rynkowe, nie jest możliwe zrealizowanie tego zakresu czynności w cenie zaproponowanej przez wspomnianego wykonawcę. Składniki cenotwórcze, w szczególności takie jak: koszty paliwa, koszty użytego sprzętu, użyte materiały solne, koszty pracownicze oraz daniny wymagane przepisami prawa, znacznie przekraczają zaproponowaną kwotę. Godnym uwagi jest jednocześnie fakt, że ceny zaproponowane przez pozostałych uczestników postępowania są zbliżone (0,81 zł i 0,84 zł) i znacznie odbiegają od oferty cenowej zaproponowanej przez Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek. Należy także podnieść, że w tożsamym postępowaniu organizowanym przez Zarząd Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach w minionym roku, wykonawca ten zaproponował realizację tego samego zakresu czynności na tych samych warunkach za równowartość 0,89 zł.

Zważywszy na fakt, że w rzeczonym postępowaniu cena za każde z zadań oparta była na odmiennych kalkulacjach oraz podlegała odrębnemu wyszczególnieniu i ocenie, to tym samym, zdaniem Odwołującego, winna podlegać odrębnej kwalifikacji w kontekście jej cech jako rażąco niskiej. W rzeczonym przypadku wykonawca zaproponował realizację wskazanego w SIWZ zakresu czynności w granicach ceny nie znajdującej uzasadnienia w aktualnych okolicznościach gospodarczych. Jednocześnie podnieść należy, w ocenie Odwołującego, że przyjęty przez wykonawcę sposób kalkulacji stanowi przemyślane działanie w kontekście opisanego i przyjętego przez Zamawiającego sposobu wskazania ceny, jej oceny oraz sposobu przyznawania punktów w toku oceny ofert.

Jak wskazał Odwołujący w tym stanie rzeczy uznać należy, że Zamawiający zaniechał czynności, o których mowa w art. 90 ustawy Pzp, do których mocą obowiązujących

przepisów był zobowiązany. Wbrew zobowiązaniu złożonemu w cz. XX SIWZ, nie dokonał oceny, czy oferta zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy istniały ku temu uzasadnione przesłanki. Następnie Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wbrew własnym ustaleniom, którym dał wyraz w SIWZ, de facto odniósł się jedynie do ilości punktów uzyskanych przez poszczególne oferty, podczas gdy należało przeanalizować każdą z cen, bowiem zgodnie z wolą Zarządu Dróg Powiatowych w Tarnowskich Górach, każda z cen kalkulowana była odrębnie dla innego zakresu czynności i podlegała odrębnej ocenie. Suma punktów uzyskanych z kategoriach poszczególnych cen decydowała o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Ogół wspomnianych wyżej argumentów wskazuje, zdaniem Odwołującego, na naruszenie przez Zamawiającego przywołanych na wstępie postanowień ustawy Pzp a podniesione żądania czyni w tych okolicznościach zasadnymi.

Jednocześnie podkreślenia wymaga okoliczność, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt: V Ca 592/05).

W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie a Odwołujący wnosi, jak w sentencji.

Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że ma interes prawny w złożeniu niniejszego środka odwoławczego w związku z możliwością uzyskania zamówienia objętego postępowaniem, bowiem w wyniku naruszenia przywołanych wyżej przepisów, jego interes prawny doznał uszczerbku w możliwości ubiegania się o zamówieni i w konsekwencji faktycznie pozbawiając go możliwości jego realizacji.

W dniu 14.09.2011 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu kopię odwołania. W dniu 16.09.2011 r. do Prezesa KIO wpłynęło przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom. Przystępujący wskazał, iż podniesione przez Odwołującego zarzuty nie mają oparcia w stanie faktycznym sprawy i są całkowicie bezpodstawne wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

W dniu 19.09.2011 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający dokonał, w oparciu o jednostkowe ceny ryczałtowe zawarte w ofercie Przystępującego, kalkulacji łącznej ceny za realizację usługi zimowego utrzymania dróg w okresie jednej doby w standardzie II i III, która wyliczył na kwotę 7.701,56 zł brutto.

Wskazał, iż jest to cena która uwzględnia wszystkie koszty, które poniesie wykonawca w związku z realizacją zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi ze szczegółowej specyfikacji technicznej oraz SIWZ. W ocenie Zamawiającego jest to również cena, która będzie ujęta w załącznikach nr 8 – 12 SIWZ, celem rozliczenia wykonanych przez wykonawcę. Wskazał ponadto, iż ocena, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej istotne znaczenie ma cena łączna oferty, a nie jej poszczególne ceny jednostkowe.

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wskazał, iż wykaz osób złożony wraz z ofertą Przystępującego został prawidłowo wypełniony zgodnie z wytycznymi zawartymi w SIWZ.

Strony na etapie rozprawy podtrzymały dotychczasowe wnioski oraz stanowiska.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na zaniechaniu wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazu osób na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz czynność zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i zaniechania odrzuceni oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, ofertą złożoną przez Przystępującego, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w

odwołaniu czynności. Izba ustaliła, iż Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę pozwalającą zakwalifikować tego wykonawcę na drugim miejscu w rankingu ofert (54,15 pkt). Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do wyeliminowania z postępowania wykonawcy Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych, którego oferta uzyskała łącznie 74,81 pkt. Tym samym, biorąc pod uwagę powyższy fakt, uwzględnienie odwołania umożliwi Odwołującemu uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielnie przedmiotowego zamówienia.

Izba, zgodnie z wnioskiem wyrażonym na etapie rozprawy przez Odwołującego, uznała kalkulację ekonomiczną usługi zimowego utrzymania dróg w standardzie III za stanowisko własne Odwołującego i poddała ocenie dowody zgłoszone przez Odwołującego w postaci załączników nr 1 do powiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (4 egz.) dotyczących innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale V SIWZ zatytułowanym „Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” w pkt 2.2. lit. b) żądał wykazania, iż wykonawca dysponuje lub będzie dysponował osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

- kierowcy ze stosowanymi uprawnieniami w ilości minimum 2 osób na każdą jednostkę sprzętową, z czego co najmniej 50% załogi powinno posiadać minimum 2 letnie doświadczenie związane z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg;
- operator ładowarki ze stosownymi uprawnieniami do obsługi posiadanego sprzętu;

- 3 dyspozytorów z czego 2 z minimum 3 letnim doświadczeniem w prowadzeniu prac związanych z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg oraz 1 osoba nadzorująca z minimum 3 letnim doświadczeniem w prowadzeniu prac związanych z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg.

W powyższym punkcie Zamawiający wskazał ponadto, iż osoba (y) nadzorujące prace, dyspozytorzy, operatorzy ładowarek oraz kierowcy winni być wymienieni z imienia i nazwiska wraz z podaniem doświadczenia zawodowego.

Po drugie ustalono, iż Zamawiający w Rozdziale VI zatytułowanym „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” w pkt 1 prim lit. b) wskazał, iż żąda załączenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności oraz informacji o podstawie dysponowania tymi osobami wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi posiadanie wymaganych uprawnień (np. w przypadku kierowców – prawo jazdy oraz w przypadku ładowaczy – uprawnienia do obsługi ładowarki) – druk „WYKAZ OSÓB” – Załącznik nr 4 do SIWZ. (Jeżeli w wykazie wykonawca wykaże osoby, którymi będzie dysponował, przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia), na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V punkt 2.2. lit. b) SIWZ.

Następnie Izba ustaliła, iż Przystępujący – Jacek Wieczorek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek w złożonej ofercie na str. 39 – 40 załączył wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ. Dla poszczególnych osób w kolumnie nr 2 zatytułowanej „imię i nazwisko pracownika” zostało wskazane imię i nazwisko, w kolumnie nr 3 zatytułowanej „zakres wykonywanych czynności” zostało wskazane odpowiednio kierownik „akcji zima” - osoba nadzorująca prawidłowe wykonanie prac; dyspozytor „akcji zima”; obsługa sprzętu – kierowca pługo - posypywarki; kierowca zamiatarki, operator koparko-ładowarki, kierowca samochodu ciężarowego do 3 ton – obsługa ręcznego oczyszczania; kierowca samochodu samowyładowczego – wywóz śniegu; kierowca samochodu osobowego – patrolowego, dyspozytor. W kolumnie nr 4 zatytułowanej „Doświadczenie i wykształcenie, praktyka, lata pracy” został wskazany rodzaj wykształcenia oraz dla każdej z osób dwa okresy czasu, zaś w kolumnie nr 5 i 6 zatytułowanych odpowiednio „posiadane uprawnienia (rodzaj, nr, z dnia) oraz „dysponuję lub będę dysponował” wskazano rodzaj i daty wydania uprawnień dla każdej z osób, zaś w ostatniej kolumnie zostało dla każdej z osób wpisane słowo ”dysponuję”.

1. W zakresie pierwszej podstawy faktycznej zarzutu wskazanej w odwołaniu, że z zapisów SIWZ dotyczących osób przewidzianych do wykonania zamówienia wynika, iż każdorazowo wykonawca zobowiązany był wskazać w ofercie m.in. podstawę dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia Izba nie stwierdziła w oparciu o powyższą przesłankę naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wykonawca Jacek Wieczorek w znajdującym się w ofercie wykazie osób (załącznik nr 4 do SIWZ) w kolumnie nr 5 zatytułowanej „Dysponują lub będę dysponował” wpisał dla każdej z osób słowo „dysponuję”. Analiza zapisu pkt 1 prim lit. b) Rozdziału VI SIWZ wskazuje, iż Zamawiający wymóg wskazania podstawy dysponowania przez wykonawcę osobami wskazanymi w wykazie określił szczegółowo jedynie do osób, którymi będzie dysponował. W tym wypadku wymagał przedstawienia pisemnego zobowiązania innych podmiotów do udostępnienia osób zdolnych do wykonania zamówienia. Powyższy zapis należy odnieść do postanowień art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Tym samym Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, która nie znajduje potwierdzenia w treści SIWZ. Brak wprost żądania przez Zamawiającego wykazania określonej podstawy dysponowania personelem własnym jest bowiem zgodne z utrwaloną linią orzecniczą, która prezentuje stanowisko, iż nie jest istotnym stosunek prawny łączący wykonawcę z osobami zdolnym do wykonania zamówienia. Tzn. nie jest istotne, z punktu widzenia celu, jakim jest żądanie dysponowania tymi osobami i możliwości rozporządzania nimi w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia jaka jest podstawa prawna powyższego faktu. Istotnym jest bowiem skutek, w postaci spełnienia warunku udziału w postępowaniu i tym samym możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przez doświadczony personel, niezależnie od faktu, czy prawo do dysponowania określonymi osobami ma swoje źródło w umowie o pracę, umowie cywilnoprawnej, jak również czy jest wynikiem relacji podwykonawca – generalny wykonawca.

Zamawiający faktu uznania za spełniony warunku w zakresie dysponowania potencjałem osobowym nie uzależnił bowiem od wykazania określonej formy dysponowania tymi osobami. Tym samym informacja taka byłaby bezprzedmiotowa dla Zamawiającego w kontekście oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. A tylko brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na skutek błędów w dokumentach lub ich braku nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje zdanie drugie powyższego przepisu, które stanowi, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...) nie później niż w dniu, w którym

upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W zakresie powyższego zarzutu należy zwrócić uwagę na fakt, iż pomimo braku wyraźnego żądania przez Zamawiającego podania stosunku prawnego łączącego wykonawcę z personelem załącznik nr 4 do SIWZ (wykaz osób) w kolumnie nr 1 zawiera zapis „imię i nazwisko pracownika”. Fakt powtórzenia tego zwrotu w tytule załącznika nr 4 do SIWZ dołączonego do oferty Przystępującego wskazuje, że osoby wskazane w wykazie są pracownikami wykonawcy Jacek Wieczorek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek, gdyż zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 roku Kodeks pracy (tekst jednolity Dz. U. z 1998 r. Nr 21, poz. 94 z późn. zm.) pracownikiem jest osoba zatrudniona na podstawie umowy o pracę, powołania, wyboru, mianowania lub spółdzielczej umowy o pracę.

W odniesieniu do powyższego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania w ofercie przez wykonawcę Jacek Wieczorek podstaw dysponowania osobami wskazanymi w ofercie.

2. W zakresie drugiej podstawy faktycznej zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w ramach której Odwołujący podniósł, iż w ofercie wykonawcy Jacek Wieczorek brak jest wykazania doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w odniesieniu do wskazanych osób Izba również nie podzieliła stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

Należy na wstępie wskazać, iż żądane na podstawie przepisów rozporządzenia wydanego w oparciu o delegację ustawową zawartą w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp dokumenty mają na celu wykazanie spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz wykazanie, iż oferowane przez wykonawcę roboty budowlane, usługi lub dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Powyższe skutkuje tym, iż zarówno oferta winna być odczytywana całościowo, jak również analiza dołączonych tam dokumentów winna odbywać się w kontekście postawionych przez Zamawiającego warunków. Otóż dokument w postaci wykazu osób zdolnych do realizacji zamówienia jest żądany oraz składany tylko i wyłącznie celem wykazania spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu.

Warunek zawarty w rozdziale V SIWZ pkt 2.2 lit. b (odnoszący się do art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) wskazuje jakiego rodzaju doświadczenia Zamawiający wymaga dla tychże osób, tj. dla kierowców minimum 2 letniego doświadczenia związanego z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg oraz dla dyspozytorów 2 osoby z minimum 3 letnim doświadczeniem w prowadzeniu prac związanych z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg

oraz 1 osobą nadzorującą z minimum 3 letnim doświadczeniem w prowadzeniu prac związanych z zimowym utrzymaniem nawierzchni dróg dla dyspozytorów).

Analiza struktury załącznika nr 4 do SIWZ (wykaz osób) wskazuje, iż w kolumnie nr 2 wykonawca winien podać imię i nazwisko pracownika; w kolumnie nr 3 zakres wykonywanych czynności; w kolumnie nr 4 doświadczenie i wykształcenie, praktykę, lata pracy; w kolumnie nr 5 posiadane uprawnienia (rodzaj, nr, z dnia) oraz w kolumnie nr 6 informacje, czy osobą tą wykonawca dysponuje, czy też będzie dysponował. W kontekście postawionego zarzutu na szczególną uwagę zasługuje kolumna nr 3 wykazu osób zatytułowana „zakres wykonywanych czynności” oraz treść pkt 1 prim lit. b) Rozdziału VI SIWZ (str. 7 SIWZ), z których wynika, iż Zamawiający nie określił wprost, że wymaga podania stanowiska lub funkcji na którą zostaną przeznaczone poszczególne osoby. Wobec powyższego uznać należy, iż kolumna nr 3 wykazu osób (załącznik nr 4 do SIWZ) odnosi się do posiadanego doświadczenia i praktyki – nie zaś do funkcji jaką będzie pełniła dana osoba w przyszłości w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Wszakże to sam tytuł załącznika nr 4 oraz zapis pkt 1 prim lit. b) Rozdziału VI SIWZ zatytułowanego „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” odnoszące się do personelu wskazują, iż wszelkie informacje podane w wykazie osób dotyczą: „osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (...)”. Wobec powyższego, jeżeli wykaz, sporządzony zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, zawiera tylko osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, zaś przedstawione tam informacje są składane celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu to kolumna nr 3 wykazu osób zatytułowana „zakres wykonywanych czynności” odnosi się do posiadanego doświadczenia oraz praktyki i winna być czytana łącznie z kolumną nr 4 zatytułowaną „doświadczenie i wykształcenie, praktyka, lata pracy”, gdyż wszystkie informacje zawarte w wykazie osób prezentowane są celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby tak winny być odczytywane oświadczenia zawarte w wykazie osób sporządzonym w oparciu o załącznik nr 4 do SIWZ, w kontekście celu jakemu służą zawarte w nim informacje. Tym samym kolumna zatytułowana „zakres wykonywanych czynności” odnosi się do posiadanego doświadczenia i praktyki.

Powyższe jest spowodowane również tytułem kolumny nr 3 wykazu osób (załącznik nr 4 do SIWZ), gdyż z samego jego brzmienia nie można jednoznacznie ustalić, czy dotyczy on posiadanego przez poszczególne osoby doświadczenia, czy też odnosi się do funkcji jaką dla poszczególnych osób wykonawca przewidział na etapie realizacji zamówienia. Forma i tryb użytego w powyższej kolumnie zapisu przemawiają za pierwszym z wariantów.

Analizując powyższe należy mieć również na względzie, że zgodnie z utrwalonymi w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wytycznymi wszelkie wątpliwości interpretacyjne, w

szczegółności dotyczących warunków udziału w postępowaniu i składanych na ich potwierdzenie oświadczeń i dokumentów rozstrzygać należy na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Oznacza to, iż dla każdej ze wskazanych z imienia i nazwiska osób wykonawca Jacek Wieczorek zawarł w ofercie, w wykazie sporządzonym zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, zakres wykonywanych dotychczas czynności, doświadczenie i praktykę w latach, wykształcenie, posiadane uprawnienia dla każdej ze wskazanych osób i tym samym wskazał do jakiego rodzaju czynności przewidziane zostały poszczególne osoby. Jest to wynikiem uzasadnionego założenia, że osoba posiadająca doświadczenie w ramach określonych czynności będzie tym samym przewidziana do udziału przy realizacji zamówienia na stanowisku i w ramach czynności zgodnych z posiadaniem doświadczeniem i praktyką zawodową. W ocenie Izby uprawnione jest również założenie, że wskazanie osoby na określone stanowisko w ramach realizacji przedmiotu zamówienia powoduje, iż wskazane dla tej osoby doświadczenie odnosi się do doświadczenia wymaganego i niezbędnego dla tego stanowiska. Jest to bowiem spowodowane celem dla którego wykonawcy przedkładają określone dokumenty zawierające wymagane przez Zamawiającego informacje. Ponadto Przystępujący dla każdej z osób w kolumnie nr 4 wykazu znajdującego się na str. 39 – 40 złożonej oferty wyodrębnił lata pracy ogółem oraz okres doświadczenia (praktyki), o którym nie ma mowy w zapisie znajdującym się a pkt 1 prim lit. b) Rozdziału VI SIWZ (str. 7 SIWZ), a które zostało szczegółowo określone w postawionym warunku (pkt 2.2. Rozdział V SIWZ – str. 4 SIWZ).

Biorąc pod uwagę powyższe oraz zarzut sformułowany przez Odwołującego, że wykonawca Jacek Wieczorek nie wykazał doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w odniesieniu do wskazanych osób, należy wskazać, iż Odwołujący formułując zarzut pominął informacje zawarte w kolumnie nr 3 wykazu osób zatytułowanej „zakres wykonywanych czynności” poddając analizie jedynie informacje zawarte w kolumnie nr 4 wykazu osób zatytułowanej „doświadczenie i wykształcenie, praktyka, lata pracy”. Powyższe doprowadziło do uznania przez Odwołującego, wbrew ustaleniom dokonany przez Izbę, że wykonawca Jacek Wieczorek nie wykazał doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego.

Tym samym, biorąc pod uwagę brak potwierdzenia naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów w oparciu o powyższe podstawy faktyczne zarzutów Izba stwierdziła, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

II. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, Izba uznała za niezasadny.

Izba dokonała następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do powyższego zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z pkt 1 i 2 lit. a - c Rozdziału III SIWZ zatytułowanego „Opis przedmiotu zamówienia” jest: utrzymanie zimowe nawierzchni dróg powiatowych na terenie gminy Tarnowskie Góry, który obejmuje:

- utrzymanie zimowe nawierzchni dróg powiatowych w standardzie II (243,7 tyś. m²);
- utrzymanie zimowe nawierzchni dróg powiatowych w standardzie III (91,1 tyś. m²);
- pełnienie dozoru na drogach objętych zimowym utrzymaniem (334,8 tyś. m²).

Ponadto w powyższym punkcie zostało określone, że zamówienie obejmuje: wywóz nadmiaru śniegu na odległość do 10 km, mechaniczne oczyszczanie dróg powiatowych.

Po drugie Izba ustaliła, iż Zamawiający w Rozdziale III zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt 6 wskazał, iż nie dopuszcza składania ofert częściowych.

Po trzecie ustalono, iż w pkt 1 zatytułowanym „Ocena ofert” zawartym w Rozdziale XVI SIWZ zatytułowanym „Sposób oceny ofert oraz kryteria” Zamawiający określił, że przyzna zamówienia temu wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, tj. otrzymała najwyższą ilość punktów obliczonych na podstawie niżej podanego kryterium. Ocena za poniższe kryterium będzie podawana w punktach, z dokładnością do 2 miejsc po przecinku. W pkt 2 Rozdziału XVI SIWZ dotyczącym opisu kryteriów oceny Zamawiający wskazał, iż jedynym kryterium oceny ofert jest cena – 100% (podana w złotych), zaś liczba punktów zostanie obliczona według następującego wzoru:

Liczba punktów = $[(C\ 1n/C\ 1b.of) \times 35\% + (C\ 2n/C\ 2b.of) \times 30\% + (C\ 3n/C\ 3b.of) \times 20\% + (C\ 4n/C\ 4b.of) \times 10\% + (C\ 5n/C\ 5b.of) \times 5\%] \times 100$, gdzie:

- C1 – cena ryczałtowa zimowego utrzymania 100 m² dróg powiatowych za okres jednej doby – Standard II;
- C2 - cena ryczałtowa zimowego utrzymania 100 m² dróg powiatowych za okres jednej doby – Standard III;
- C3 - cena ryczałtowa dozoru 100 m² dróg powiatowych za okres jednej doby;
- C4 – cena ryczałtowa wywozu 1 m³ nadmiaru śniegu na odległość do 10 km;
- C5 – cena ryczałtowa mechanicznego oczyszczania 100 m² nawierzchni dróg objętych zimowym utrzymaniem;

- Cn – cena najniższa;
- Cb.of – cena badanej oferty.

Zamawiający w powyższym punkcie wskazał również, iż w sumie za to kryterium można otrzymać maksymalnie 100 punktów, zaś pod pojęciem cena należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.).

Po czwarte ustalono, iż Zamawiający w § 3 ust. 1 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) określił, że w rozliczeniu przedmiotu zamówienia realizowanego na podstawie niniejszej umowy stosowane będą ceny ryczałtowe za usługi faktycznie wykonane zgodnie z formularzem ofertowym złożonym w ofercie (...). W § 4 ust. 1 powyższego załącznika zostało wskazane, że rozliczenie za usługi związane z realizacją przedmiotu niniejszej umowy następować będzie w cyklu miesięcznym, zaś w ust. 2 powyższego paragrafu zostało wskazane, iż do dwóch dni po upływie każdej dekady miesiąca wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia celem uzyskania akceptacji zamawiającego w jego siedzibie wypełnionych raportów dobowych według wzoru jak w załączniku nr 10 do SIWZ.

Następnie Izba ustaliła, iż wykonawca w złożonej przez siebie ofercie zaoferował realizację przedmiotu zamówienia za następujące ryczałtowe ceny jednostkowe:

- I. Cena za usługi wykonane w zakresie zimowego utrzymania 100 m² dróg powiatowych za okres jednej doby w standardzie II: netto 2,90 zł, brutto 3,13 zł;
- II. Cena za usługi wykonane w zakresie zimowego utrzymania 100 m² dróg powiatowych za okres jednej doby w standardzie III: netto 0,07 zł, brutto 0,08 zł;
- III. Cena za usługi wykonane w zakresie dozoru 100 m² dróg powiatowych za okres jednej doby: netto 0,33 zł, brutto 0,36 zł;
- IV. Cena za usługi wykonane w zakresie wywozu 1 m³ nadmiaru śniegu na odległość do 10 km: netto 0,93 zł, brutto 1,00 zł;
- V. Cena za usługi wykonane w zakresie mechanicznego oczyszczania 100 m² dróg objętych zimowym utrzymaniem: netto 2,90 zł, brutto 3,13 zł.

Zamawiający pismem z dnia 31.08.2011 r. poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Jacek Wieczorek prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych Jacek Wieczorek uzyskując łącznie 74,81 punktów w ramach kryteriów oceny ofert. Pozostali wykonawcy, tj. Konsorcjum REMONDIS Gliwice Spółka z o.o. i REMONDIS Tarnowskie Góry Spółka z o.o. oraz wykonawca ALBO Południe Polska Spółka z o.o. uzyskali odpowiednio 54,14 oraz 51,27 punktów.

Izba wskazuje na wstępie, iż Zamawiający w przypadku powzięcia uzasadnionych wątpliwości, że oferta złożona w postępowaniu zawiera rażąco niską cenę, jest zobligowany na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Dopiero wskutek braku złożenia wyjaśnień lub w przypadku potwierdzenia się, w ramach oceny powyższych wyjaśnień, że oferta zawiera rażąco niską cenę Zamawiający zobligowany jest do odrzucenia takiej oferty. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest zarzutem przedwczesnym i tym samym oddaliła powyższy zarzut.

Wynika to z faktu, iż czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jest czynnością następczą w stosunku do czynności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie postawienie powyższych zarzutów nie znajduje uzasadnienia w systematyce ustawy Pzp. Nieuprawnione jest postawienie Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, jeżeli nie doszło do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Tylko bowiem uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień celem ustalenia, czy złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny uprawnia do dokonania czynności następczej, jaką jest odrzucenie oferty o ile w wyniku analizy złożonych wyjaśnień dojdzie do ustalenia, że oferta taką cenę zawiera.

Tym samym Izba poddała analizie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ustawy Pzp polegający na nie wezwaniu wykonawcy Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacji Terenów Zielonych o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Na wstępie należy wskazać, iż zgodnie z ugruntowanym w doktrynie i orzecznictwie stanowiskiem brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oceniając tylko wybrane elementy oferty, ponieważ przepis powyższy stanowi o rażąco niskiej cenie w stosunku do przedmiotu zamówienia jako całości, nie zaś o rażąco niskiej cenie pewnej części oferty. Takie stanowisko zostało m.in. wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 maja 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 661/10, gdzie w uzasadnieniu powyższego orzeczenia zostało wskazane, że wyjątkowo tylko przedmiotem wstępnego badania można uczynić ceny jednostkowe, jeżeli zamawiający nie określił w sposób wiążący przedmiotu zamówienia. W powyższym orzeczeniu zostało ponadto wskazane, że nie można kwestionować – jako wycenionego rażąco nisko – jednego czy kilku elementów i w konsekwencji odrzucić całą ofertę wykonawcy, w sytuacji gdy łączna cena za przedmiot zamówienia nie będzie odbiegała od cen rynkowych.

Izba wskazuje, iż powyższe wytyczne odnoszą się również do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Otóż oceniając istnienie uzasadnionych okoliczności skutkujących zastosowaniem normy prawnej wyrażonej w powyższym przepisie należy mieć na względzie postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Instytucja uregulowana w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ma na celu ustalenie, czy oferta złożona w danym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę i tym samym, czy została wypełniona dyspozycja normy prawnej uregulowanej w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Badanie zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w kontekście rażąco niskiej ceny winno uwzględniać wytyczne zawarte w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż wezwanie to zmierza do ustalenia obowiązku odrzucenia oferty w oparciu o normę prawną wyrażoną w powyższym przepisie. Jeżeli ustawodawca pojęciem rażąco niskiej ceny posługuje się w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia to takie rozumienie tego pojęcia winno mieć również miejsce na etapie oceny zasadności wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem, w ocenie Izby, aby mówić o cenie rażąco niskiej należy wziąć pod uwagę całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie cenę jednostkową. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił twierdzeń mogących stanowić o naruszeniu przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. O powyższym nie świadczą dowody z dokumentów przedstawione przez Odwołującego w toku rozprawy w postaci załączników nr 1 do powiadomień dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej w innych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, gdyż trudno jest doszukać się związku pomiędzy postawionym przez Odwołującego zarzutem a faktami wykazanymi powyższymi dowodami. Fakt, iż w innych postępowaniach dotyczących utrzymania zimowego dróg inni wykonawcy zaoferowali ceny wyższe od Przystępującego nie może świadczyć o tym, iż całkowita cena zaoferowana w przedmiotowym postępowaniu uniemożliwia realizację przedmiotu zamówienia i jest tym samym ceną rażąco niską.

Tym samym istotne jest, w odniesieniu do argumentacji Odwołującego przedstawionej w toku rozprawy, czy wykonawca jest zdolny wykonać cały przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę, nie zaś czy jest możliwe wykonanie poszczególnych czynności za zaoferowane ceny jednostkowe, w niniejszym czy też w innych postępowaniach. Niezależnie od narzuconego przez Zamawiającego sposobu obliczenia ceny istotnym, w kontekście zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jest znaczenie pojęcia rażąco niskiej ceny w stosunku do całego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Zatem badaniu podlega możliwość realizacji przedmiotu zamówienia za łączne wynagrodzenie, którego życzy sobie wykonawca.

Odwołujący wskazał w toku rozprawy, iż w niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z 5 odrębnymi cenami (...) co spowodowało, iż Odwołujący skupił się na tej cenie

jednostkowej, i mimo faktu, iż oferta Przystępującego jest znacznie droższa, to w zakresie kwestionowanej ceny jednostkowej Przystępujący nie uwzględnił elementów wpływających na jej wysokość. W ocenie Izby powyższe argumenty i podstawy mogłyby stanowić uzasadnienie dla naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Jednakże Odwołujący nie postawił takiego zarzutu w treści odwołania.

Izba wskazuje również, iż nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że w niniejszym postępowaniu, ze względu na oddzielną wycenę dla poszczególnych elementów zamówienia w kontekście rażąco niskiej ceny badaniu powinny być poddane poszczególne składniki cenotwórcze. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, iż Zamawiający nie dopuścił w niniejszym postępowaniu składania ofert częściowych. Po drugie, co wynika z § 3 ust. 1 i § 4 ust. 1 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) w rozliczeniu przedmiotu zamówienia realizowanego na podstawie niniejszej umowy stosowane będą ceny ryczałtowe za usługi faktycznie wykonane, zaś rozliczenie za usługi związane z realizacją przedmiotu niniejszej umowy następować będzie w cyklu miesięcznym. Powyższe wskazuje, iż rozliczenie będzie miało charakter rozliczenia powykonawczego, realizowanego w cyklach miesięcznych w oparciu o ryczałtowe ceny dla poszczególnych elementów usługi (zimowe utrzymanie dróg powiatowych standardu II i III, dozoru dróg powiatowych, wywozu nadmiaru śniegu oraz mechanicznego oczyszczania dróg objętych zimowym utrzymaniem). Wskazuje to, iż mamy do czynienia z kompleksową usługą składającą się z szeregu powiązanych ze sobą czynności, których jednostkowa wartość jest co prawda różna – jednakże przy uwzględnieniu charakteru usługi i jej sposobu rozliczenia trudno jest uznać, iż cena zaoferowana przez wykonawcę Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych nosi znamiona ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu Izba podziela pogląd Zamawiającego wyrażony w toku rozprawy, iż rozliczenie wykonania usługi będzie się odbywało w cyklach miesięcznych w oparciu o raporty, które były załącznikami do SIWZ i brak jest możliwości aby wykonawca rozliczał wyłącznie utrzymanie czystości dla dróg w standardzie III. Zamawiający podkreślił również, iż z jego wyliczeń dobowy koszt wykonania usługi przez Przystępującego zamknie się kwotą 7.700 zł brutto i jest to kwota jak najbardziej realna i zawiera się w kwotach, jakie były wypłacane wykonawcom w poprzednich latach podczas zimowego utrzymania dróg.

Ponadto należy wskazać, iż ustalony przez Zamawiającego sposób określenia przez wykonawców w formularzu ofertowym ceny ofertowej, z rozbiciem na jej poszczególne składniki, został podyktowany sposobem rozliczenia oraz ustalonym przez Zamawiającego sposobem wyliczenia punktacji w ramach kryteriów oceny ofert, nie zaś ze względu na podział zamówienia na poszczególne części stanowiące odrębne przedmioty zamówienia. W tym zakresie Izba podzieliła pogląd zaprezentowany w toku rozprawy przez Przystępującego,

że Zamawiający żądał rozbicia ceny na poszczególne składniki celem porównania ofert wykonawców i Odwołujący w zakresie przedstawionych w odwołaniu zarzutów musiałby udowodnić, że wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez Przystępującego cenę jest niemożliwe.

Za istotny argument należy uznać również wskazany przez Przystępującego przykład, że nawet w przypadku złożenia ofert przez różnych wykonawców z jednakowymi cenami jednostkowymi Zamawiający nie byłby zobowiązany do wezwania ich do złożenia ofert dodatkowych.

Tym samym, w ocenie Izby, brak było podstaw do wezwania wykonawcy Jacek Wieczorek do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do jednego ze składników cenotwórczych.

W przedmiotowym stanie faktycznym mamy bowiem do czynienia ze specyficzną sytuacją będącą wynikiem określonego przez Zamawiającego w SIWZ sposobu wyliczenia punktacji w ramach kryterium oceny ofert. Otóż sumaryczna wartość wszystkich ryczałtowych cen zawartych w ofercie Przystępującego wynosi brutto: 7,7 zł, zaś w ofercie Odwołującego, kwestionującego cenę zawartą w ofercie Przystępującego, wynosi brutto: 6,83 zł. Jednakże, przy jedynym kryterium oceny oferty jakim jest cena 100%, oferta Przystępującego uzyskała 74,81 pkt, zaś oferta Odwołującego 54,15 pkt. Mimo powyższego to oferta Przystępującego – Jacek Wieczorek Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych została uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Powyższe jest podyktowane ustalonym przez Zamawiającego sposobem wyliczenia punktów w oparciu o pkt 2 zatytułowany „Opis kryteriów oceny” wskazany w Rozdziale XVI SIWZ zatytułowanym „Sposób oceny oferty oraz kryteria”, który przewidywał zróżnicowane proporcje udziału poszczególnych jednostkowych składników ceny w ramach kryterium oceny.

Na marginesie Izba pragnie wskazać, iż biorąc pod uwagę określone przez Zamawiającego kryterium oceny ofert (100% cena) oraz sposób wyliczenia punktacji dla poszczególnych ofert Zamawiający został zmuszony do wyboru jako najkorzystniejszej oferty mniej korzystnej ekonomicznie. Biorąc pod uwagę fakt, iż Izba zgodnie z treścią art.192 ust. 7 ustawy Pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu wskazuje jedynie na marginesie, iż Zamawiający winien rozważyć kwestię unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1, art. 91 ust. 2 i 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

W tym miejscu należy wskazać, iż określenie znaczenia i wagi poszczególnych składników cenotwórczych w cenie ofertowej jest domeną wykonawcy, nie zaś Zamawiającego. Jeżeli w danym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena to

przypisywanie różnej wagi wyodrębnionym podkryteriom cenowym w ramach tego samego kryterium celem ustalenia liczby punktów nie pozwala dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Stoi to bowiem w sprzeczności z definicją oferty najkorzystniejszej zawartą w art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym za niedopuszczalne należy uznać przypisanie przez Zamawiającego w kryteriach oceny ofert różnego znaczenia dla poszczególnych składników ceny w wyliczeniu ostatecznej punktacji w postępowaniu, w którym jedynym kryterium oceny ofert jest *de facto* cena.

W takich okolicznościach dokonanie odpowiednich przesunięć przy zachowaniu niezmienniej łącznej ceny ofertowej mogłoby doprowadzić do przyznania najwyższej liczby punktów ofercie, która nie była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy. I z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ilekroć w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych jest bowiem mowa o najkorzystniejszej ofercie – należy przez to rozumieć ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo ofertę z najniższą ceną (...). Wykładnia literalna norm prawnych wyrażonych w art. 91 ust. 1 i 2 i art. 2 pkt 5 ustawy wskazuje, iż niedopuszczalne jest ustalenie w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ kryteriów oceny ofert oraz powiązanych z nimi funkcjonalnie zasad przyznawania poszczególnym ofertom punktów w taki sposób, aby uniemożliwić prawidłową oraz zgodną z zasadami logiki i arytmetyki ocenę złożonych w postępowaniu ofert. Ustawodawca nie przez przypadek użył w art. 91 ust. 2 i art. 2 pkt 5 ustawy zwrotu „cena” w liczbie pojedynczej. Oznacza to, iż cena może być samodzielnym kryterium oceny ofert lub kryterium powiązanim z innymi kryteriami (jakością, funkcjonalnością lub parametrami technicznymi), lecz za niedopuszczalne należy uznać wprowadzenie kilku zróżnicowanych wagowo podkryteriów cenowych. Tym samym należy uznać, iż bilans ceny (jako pojedynczej wartości) w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy może przesądzać o punktowej kwalifikacji złożonych w postępowaniu ofert, w którym Zamawiający ustalił, iż jedynym kryterium wyboru ofert będzie cena. Jednak, jak wyżej wskazano, tak ustalone kryterium oceny ofert nie uprawnia Zamawiającego do tworzenia podkryteriów w ramach jednego kryterium, i to w sposób, który różnicuje wagę tychże podkryteriów w sposób skrajnie nieproporcjonalny (od 5% do 35%). Niedopuszczalne jest odmienne (nieproporcjonalne) traktowanie podkryteriów cenowych wyodrębnionych w ramach jednego kryterium cenowego. Wszakże udział każdego ze składników ostatecznej jednostkowej ceny ofertowej w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy jest równoważny, gdyż w sposób jednakowy wpływa na wysokość ceny i kształt przyszłego wynagrodzenia.

Powyższe powoduje, iż wybór oferty najkorzystniejszej w oparciu o tak ukształtowane zasady i proporcje arytmetyczne jest niemożliwy, bez naruszenia zasady wyrażonej w art. 7

ust. 1 ustawy. Zaproponowane przez Zamawiającego w SIWZ zasady i wzory wyliczenia punktacji zawierają błąd logiczny, który uniemożliwia wybór najkorzystniejszej oferty z zachowaniem równego traktowania wykonawców. Wagi poszczególnych składników ceny ofertowej i w ostateczności sposób obliczenia ceny nie mogą mieć bowiem wpływu na ogólną punktację przyznawaną poszczególnym ofertom w oderwaniu od ich cen w rozumieniu ustawowym. W przedmiotowym postępowaniu na ostateczną punktację ma wpływ nie tylko sposób obliczenia ostatecznej ceny ofertowej, ale także metody kalkulacji przyjęte przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do rozłożenia ciężaru finansowego prowadzonej przez nich działalności gospodarczej. Należy podnieść, iż to wykonawca decyduje w ramach usługi złożonej, który zakres prowadzonej przez niego działalności ma dla niego zasadnicze finansowe znaczenie i który obciążony jest dla niego większym ryzykiem gospodarczym. Nie może to jednak oznaczać, iż propozycje poszczególnych elementów składowych ceny, inne niż ich rzeczywista wartość, powinny mieć wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty, gdyż w takim wypadku należałoby przyjąć niedorzeczne założenie, iż kryterium oceny ofert jest pośrednio sposób skalkulowania ceny. Zaś sposób obliczenia ceny ofertowej nie może być kryterium oceny ofert, gdyż nie odnosi się on do przedmiotu zamówienia zgodnie z dyspozycją wyrażoną w art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

Na powyższe wskazał Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 1 sierpnia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2186/06), w którego uzasadnieniu zostało podniesione, że: „Zamawiający popełnił błąd, polegający na tym, że wprowadzając cenę składającą się z dwóch elementów powinien, dla znalezienia najkorzystniejszej, elementy te zsumować. Nadanie każdemu z tych elementów w SIWZ wagi punktowej spowodowało, że wybór najkorzystniejszej oferty, którą powinna być oferta z najniższą ceną, jest sprzeczny z definicją najkorzystniejszej oferty zawartą w art. 91 ust. 1 i 2 w zw. z art. 2 pkt 5 p.z.p.”. W dalszej części ww. wyroku Zespół Arbitrów wskazał konsekwencje takiego stanu faktycznego, stwierdzając, że: „Nieprecyzyjne zdefiniowanie kryteriów, co w konsekwencji prowadzi do wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, jest rażącym naruszeniem p.z.p., co prowadzi do nieważności umowy z powodów wymienionych w art. 146 ust. 1 pkt 5 p.z.p. W takim wypadku Zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.” oraz, że: „W tym stanie rzeczy obowiązkiem Zamawiającego w każdym stadium postępowania było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.”. Choć powyższe orzeczenie zostało wydane w innym stanie prawnym generalnie wytyczne w nim ujęte, w ocenie Izby, nie utraciły swojej aktualności.

Ustalenie przez Zamawiającego w powyższy sposób zasad obliczenia kwalifikacji punktowej każdej z ofert, przy tak określonym sposobie obliczenia ceny, jak również

określeniu, że jedynym kryterium oceny ofert jest cena (100%) i wskazaniu, iż kryterium udzielenia zamówienia będzie oparte o pięć podkryteriów ceny spowodowało, iż Zamawiający winien rozważyć konieczność unieważnienia przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego brak stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 i 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

