

**WYROK**  
**z dnia 24 października 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:   Andrzej Niwicki**

**Protokolant:       Łukasz Listkiewicz**

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 24 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 października 2014 r. przez wykonawcę **H. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą K. H. Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Sosnowiec – reprezentowaną przez Prezydenta Miasta, al. Zwycięstwa 20, 41-200 Sosnowiec**

przy udziale wykonawcy **P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą W. P. Zakład Usługowy "JAMPICH", ul. Teofila Lenartowicza 68/84, 41-219 Sosnowiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **H. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą K. H. Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **H. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą K. H. Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od **H. K. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą K. H. Zakład Usług Komunalnych, ul. Wolności 28a, 42-500 Będzin** na rzecz **Gminy Miejskiej Sosnowiec** kwotę **892 zł 40 gr** (słownie: osiemset dziewięćdziesiąt dwa złote 40 groszy)

tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, na które składają się koszty: dojazdu w kwocie 374 zł, delegacji w kwocie 60 zł, materiałów ksero 408 zł oraz wysyłki kserokopii dokumentacji w kwocie 50 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miejska Sosnowiec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Utrzymanie terenów zieleni publicznej na terenie miasta Sosnowca” ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014-062968-F02-PL.

Odwołujący: K. H. Zakład Usług Komunalnych w Będzinie zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy – P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwa Zakład Usługowy „JAMPICH” (zwanego dalej „Wykonawcą JAMPICH”) pomimo tego, że nie wykazał i nie uzupełnił w terminie, mimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków;

2) art. 90 ust. 1 w związku z art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww do udzielenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny pomimo istnienia przesłanek, że cena przez niego zaoferowana jest rażąco niska;

3) art. 26 ust 2b, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 Pzp poprzez zaniechanie wezwania ww do uzupełnienia brakujących dokumentów mimo tego, że nie wykazał on, że spełnia warunki wymagane przez Zamawiającego,

4) art. 24 ust. 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust 1 i art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy JAMPICH, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania oraz dopuszczenie do bezprawnego uzupełnienia oferty;

5) art. 91 ust 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę JAMPICH, pomimo tego, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony, a złożona przez niego oferta odrzucona

W przypadku uwzględnienia odwołania oferta Odwołujący będzie ofertą najkorzystniejsza i Odwołujący uzyska zamówienie.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- wykluczenia P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy „JAMPICH” z postępowania,
- uznania oferty P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy „JAMPICH” za odrzuconą, ewentualnie
- przeprowadzenia czynności badania oferty złożonej przez P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy „JAMPICH” w tym wezwania w.w. wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp oraz uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i w ich konsekwencji wykluczenie P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy „JAMPICH” z postępowania,
- odrzucenie oferty złożonej przez P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy „JAMPICH”, oraz
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert i oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Termin na wniesienie odwołania:

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje

Ad 1 (Zarzut naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 Pzp):

Pismem z 18 czerwca 2014 r. Zamawiający zmodyfikował treść SIWZ w ten sposób, że w zakresie warunku 1.2 (posiadanie wiedzy o doświadczenia) doprecyzował Opis sposobu dokonywania oceny ofert.

SIWZ w nowym brzmieniu stanowi, że:

Weryfikacją spełniania tego warunku dokonywana będzie w oparciu o dotychczas wykonane lub wykonywane usługi. Wykonawca musi wykazać wykonanie lub wykonywanie na terenach skwerów i zieleńców o charakterze parkowym czynności obejmujących;

(...).

Oferta złożona przez Wykonawcę „JAMPICH” nie wykazała spełniania warunku w zakresie zmodyfikowanym pismem z dnia 18 czerwca 2014 r. gdyż ze złożonych dokumentów nie wynikało, że usługi były wykonywane na terenach „skwerów i zieleńców o charakterze parkowym”.

Pismem z dnia 13.08.2014 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia w terminie 3 dni brakujących dokumentów.

Według przedstawionych Odwołującemu dokumentów w terminie określonym przez Zamawiającego wybrany Wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki, gdyż oświadczenie Wykonawcy „JAMPICH” stanowiące uzupełnienie braków dokumentów złożonych w ofercie zostało złożone do Zamawiającego dopiero w dniu 18.08.2014 r. Tym samym stosownie do dyspozycji art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp Zamawiający zobowiązany był wykluczyć z postępowania P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy „JAMPICH”.

Ad. 2 Zarzut naruszenia art. 90 ust.1. w związku z art. 7

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Obowiązek skorzystania z tej procedury aktualizuje się w sytuacji, gdy Zamawiający, po zapoznaniu się z cenami ofert złożonych w postępowaniu, ma podstawy powziąć podejrzenie, że cena oferty może być rażąco niska.

W orzecznictwie przyjmuje się, że punktem odniesienia dla pojęcia rażąco niskiej ceny może być przedmiot zamówienia i jego wartość (m.in. postanowienie SO w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2006 r. sygn. akt: (I Ca 2194/05) oraz ceny innych ofert złożonych w postępowaniu (wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08, Lex 621205; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, Lex 621199). „Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny (art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p., art. 90 p.z.p.). Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. XIX Ga 128/08 LEX nr 621199 cytowany w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej). ”

W przedmiotowej sprawie należy wskazać, że cena zaoferowana przez wybranego wykonawcę znacząco odbiega zarówno od szacunkowej wartości zamówienia, cen

zaoferowanych przez innych wykonawców, a nawet cen oferowanych za wykonanie przedmiotowego zamówienia w przeszłości.

W roku 2011 Zamawiający, czyli Urząd Miejski w Sosnowcu ogłosił 5 przetargów na „Utrzymanie parków na terenie miasta” - wartość sumaryczna wszystkich wybranych ofert w 2011 roku wyniosła 1.843.045,61 zł. W okresie jaki upłynął od udzielenia tego zamówienia znacząco wzrosły koszty działalności - współczynnik inflacji w roku 2011 wyniósł 4,3%, w 2012 - 3,7%, a w 2013 - 0,9%, a ponadto w roku 2012 weszła w życie ustawa o odpadach. Mimo tego wybrany oferent złożył ofertę o blisko 200 tys. zł tańszą, co wskazuje, że zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska.

Wniosek, iż oferta wybrana przez Wykonawcę JAMPICH jest rażąco niska wynika również z analizy cen jednostkowych, w szczególności w zakresach, na które Odwołujący wskazywał Zamawiającemu w trakcie postępowania.

W związku z powyższym nie ma wątpliwości, iż Zamawiający dopuścił się zaniechania i naruszył ustawę. Odwołujący jedynie na marginesie zauważa, że w dniu 18 września 2014 r. w Dzienniku Ustaw opublikowana została nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych zgodnie, z którą Zamawiający obowiązany jest przeprowadzić postępowanie wyjaśniające uregulowane w art.90 ust. 1 pzp jeżeli cena oferty (...) jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert”.

Wprawdzie powyższy przepis nie ma bezpośredniego zastosowania w przedmiotowym postępowaniu jednakże przyjmując konieczność stosowania wykładni systemowej należy stwierdzić, że ponad 30-sto procentowa rozbieżność pomiędzy ceną najkorzystniejszą a wartością przedmiotowego zamówienia i blisko 30-sto procentowa rozbieżność pomiędzy ceną wybranej oferty a pozostałymi cenami wystarczająco uzasadnia stwierdzenie, że może to być cena rażąco niska, a w konsekwencji Zamawiający zobowiązany był zastosować wezwanie określone w art. 90 ust. 1Pzp.

Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 7 i art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Ad. 3(Zarzut naruszenia art.26 ust 2b, art. 26 ust 3 oraz art. 7Pzp)

1. Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu określonymi rozdziale 5 SIWZ punkt 1.3.

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy; którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia opisane w niniejszym rozdziale

„Specyfikacji (...), w zakresie (...) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku.

a) Weryfikacja spełniania tego warunku dokonywana będzie w oparciu o dysponowanie przez wykonawcę narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznym w celu realizacji zamówienia. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje sprzętem niezbędnym do wykonania niniejszego zamówienia, w tym co najmniej:

(...)

- śmieciarką w zabudowie zamkniętej do 3,5 tony - 2 sztuki”

Na stronie 69 oferty wykonawca JAMPICH w pkt 10 wykazał, że dysponuje „śmieciarką w zabudowie zamkniętej do 3,5 ton” a jako podstawę dysponowania wykazał „wynajem” - wskazał zatem w sposób jednoznaczny, iż będzie korzystał z obcego potencjału technicznego.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp oraz postanowieniami SIWZ 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. W takiej sytuacji Wykonawca zobowiązany jest jednak udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, czego jednak we wskazanym wyżej zakresie nie uczynił.

Zamawiający mimo ciążącego na nim obowiązku zaniechał wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających, że dysponuje wymaganym potencjałem technicznym - czym naruszył art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3, art 7 Pzp oraz 91 ust 1 Pzp.

2. Zgodnie z wykładnią dokonaną przez Prezesa UZP (upublicznią na stronie [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl). Informator UZP nr 11/2011) „Wykonawca, w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia może polegać na zasobach podmiotów trzecich.

Stosownie do treści art. 26 ust 2b ustawy Pzp 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 wykonaniu zamówienia. Powyższy przepis jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 i 48 ust 3 dyrektywy 2004/18/WE,” zatem uwzględniając potrzebę pro wspólnotowej interpretacji przepisów krajowych wdrażających prawo obowiązujące we wszystkich państwach Unii Europejskich należy mieć stwierdzić, że „Opisany wyżej mechanizm dotyczący uznawania powoływania się przez wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego nie może być rozumiany odmiennie w świetle interpretacji art. 47 ust 2 i art. 48 ust 3 dyrektywy klasycznej. Interpretacja Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotycząca powoływania się wykonawców na zasoby podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazuje na obowiązek wykonawcy, w takim przypadku, rzeczywistego wykazania dysponowania potencjałem, na który się powołuje przy realizacji zamówienia. Udowodnieniu podlega okoliczność, że zasoby podmiotu trzeciego będą faktycznie dostępne przez cały czas realizacji zamówienia. A zatem, uprawnione jest stwierdzenie, że dla celów wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego nie jest wystarczające przedstawienie jakiegokolwiek dokumentu podmiotu trzeciego odwołującego się do woli udostępnienia jego zasobów; ale niezbędne jest przedstawienie (dokumentu, dokumentów), których treść będzie wykazywać faktyczną dostępność tych zasobów na użytek wykonawcy w celu realizacji zamówienia.

Bez znaczenia jest przy tym charakter więzi prawnej łączącej wykonawcę z podmiotami trzecimi. W doktrynie przyjmuje się, że z punktu widzenia dopuszczalności powoływania się na zdolności innych podmiotów nie ma znaczenia, czy istniejąca więź prawna jest bezpośrednia, czy pośrednia. Powiązania mogą polegać na ciągu stosunków prawnych. Należy jednak podkreślić, że wymagana jest więź o charakterze prawnym, która rodzi pewne zobowiązania pomiędzy stronami. Wykluczone są zatem powiązania faktyczne. formalne, kapitałowe lub honorowe, za którymi nie idzie zobowiązanie ważne w świetle obowiązujących przepisów prawnych.

Ocena wykazania przez wykonawcę faktycznego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia nie powinna być dokonywana w oderwaniu od realiów wykorzystania tych zasobów przy realizacji zamówienia, na co wskazuje treść art. 47 ust. 2 i art. 48 ust 3 Dyrektywy 2004/18/WE stanowiącej o prawie wykonawcy do polegania na zdolnościach innych podmiotów „w stosownych sytuacjach oraz w



przypadku konkretnego zamówienia”. Wymaga przy tym podkreślenia, że zarówno przepisy Dyrektywy 2004/18/WE, w szczególności art. 47 ust 2, jaki i przepisy prawa krajowego art. 22 ustawy Pzp mają na celu określenie zdolności wykonawcy do realizacji określonego zamówienia. A zatem, możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego nie stanowi swego rodzaju zwolnienia wykonawcy od wykazania się przed zamawiającym predyspozycjami do realizacji w tym zakresie, ale stanowi szansę na wykazanie się kwalifikacjami przy pomocy podmiotu trzeciego. Zamawiający powinien zatem uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów podmiotu trzeciego realnie będzie uprawniony do korzystania z tych zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółowa wiedze dotycząca obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów podmiotu trzeciego, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanymi przez wykonawcę zobowiązaniami podmiotów trzecich. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania podmiotu trzeciego, przedstawione przez wykonawcę, umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia.

A zatem, wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien, w świetle art. 26 ust 2b ustawy PZP, przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że zasoby na które się powołuje zostaną mu udostępnione do realizacji zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 lipca 2010 r., dysponowanie wymienionymi w przepisie art. 26 ust 2b ustawy Pzp 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 jest uprawniony do dysponowania nim, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu oraz czy podmiot udzielający odpowiednich zasobów rzeczywiście je posiada. Stwierdzenie tego dysponowania przez wykonawcę winno być bowiem konsekwencją pozytywnej oceny przez zamawiającego dowodu, jakim jest zobowiązanie podmiotu trzeciego. ”

W przedmiotowym postępowaniu Wybrany wykonawca powołał się na zasoby podwykonawców „Agro-Estetyka” oraz „Zakład Usługowo-Handlowy KESAL”. Na potwierdzenie możliwości korzystania z tych zasobów przedstawił oświadczenia, z

których nie wynika uprawnienie do korzystania z doświadczenia tych przedsiębiorców w zakresie wskazanym w ofercie.

Analiza oświadczeń prowadzi bowiem do wniosku, że zasoby tych przedsiębiorców oddane zostały wyłącznie w zakresie „usuwania przedęptów na trawnikach parkowych” oraz „podlewania mis przy nowo nasadzonych drzewach iglastych i liściastych oraz podlewania rabat bylinowych”.

W konsekwencji należy stwierdzić, że Podwykonawcy udostępniili swoje zasoby w zakresie węższym niż powołał się na nie Wykonawca JAMPICH (zob. załącznik nr 14)

Jak wskazał Prezes Urzędu zamówień publicznych w przywołanej wyżej opinii treść oświadczenia składanego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp

„powinna bezspornie i jednoznacznie wskazywać na zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy. Tylko w taki sposób, poprzez jednoznaczne określenie w pisemnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego w jakich okolicznościach i jak będzie możliwe korzystanie przez wykonawcę z jego zasobów, może nastąpić udowodnienie zamawiającemu przez ubiegającego się o zamówienie wykonawcę posiadania (w przypadku uzyskania zamówienia) prawa do faktycznego rozporządzania zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji tego zamówienia.

Za niewystarczające dla udowodnienia, na podstawie art. 26 ust 2 b ustawy Pzp, dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w zakresie potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia należy przy tym uznać złożenie jedynie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby treści: - „udostępniam doświadczenie i wiedzę celem realizacji zamówienia publicznego...” wraz z referencjami potwierdzającymi doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, na które powołuje się wykonawca. Ogólne oświadczenie o podanej wyżej treści w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego.

Zamawiający nie uzyskuje bowiem żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego w obszarze sposobu posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego. Uznanie takich dokumentów może natomiast doprowadzić do realizacji zamówienia przez podmiot nie posiadający kwalifikacji do realizacji zamówienia.”

Powyższe ustalenia potwierdza orzecznictwo Krajowa Izba Odwoławcza zgodnie, z którym zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b 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. W sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, taki dokument powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo, w dowolnej, dozwolonej przez prawo postaci (jako podwykonawca, doradca czy na innej podstawie) musi jednak zostać wykazane przez wykonawcę, bowiem nie można przekazać, ani zobowiązać się do udzielenia wiedzy i doświadczenia bez osobistego udziału udzielającego tych zasobów w realizacji zamówienia. W przeciwnym bowiem 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 [Wyrok KIO 1288/10]

W sytuacji, której wykonawca nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie nie udowodni dysponowania odpowiednim zasobem podmiotów trzecich, podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ad 4. (Zarzut naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 w związku z art. 87 ust. 1 i art. 26 ust 3 Pzp).

Odwołujący pismem z dnia 24.07.2014 r. poinformował Zamawiającego, że wykonawca JAMPICH złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Dowodem na zasadność powyższych zarzutów jest fakt iż:

Wykonawca złożył w dniu 10.09.2014 r. z własnej inicjatywy W trybie art. 26 ust. 3 ustawy uzupełnienie do przedłożonego, wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia. W uzupełnieniu wykonawca załączył kserokopie - poświadczane za zgodność z oryginałem - dokumentów

potwierdzających uprawnienia dla osób zadeklarowanych w wykazie, mimo, że był do tego zobowiązany najpóźniej przed ewentualnym podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z SIWZ wykonawca musiał dysponować co najmniej 4 osobami do wykonania prac w zakresie pielęgnacji drzew i krzewów. Osoby te są wskazane w „Wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia (...) wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji, doświadczenia oraz wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia ” złożonym na potwierdzenie spełniania warunków, co oznacza, że osoby te musiały dysponować wymaganymi uprawnieniami na dzień składania oferty.

Na stronach 71-72 oferty Wykonawca JAMPICH oświadczył, że wymagane uprawnienia posiadają: P. W., G. W., E. S. oraz C. B., natomiast z dokumentów uzupełniających wynika, że te uprawnienia posiadają tylko P. W. i G. W., natomiast pozostałe dwie osoby posiadają tylko uprawnienia pilarza.

Zamawiający na stronie 10 SIWZ dopuszcza uprawnienia pilarza, ale wraz z ze świadectwem ukończenia technikum leśnego/ogrodniczego - czego Wykonawca JAMPICH nie wykazał potwierdzając tym samym, że w przypadku Pana S. i B. poświadczył nieprawdę wskazując ich jako osoby posiadające wymagane uprawnienia.

Odwołujący pragnie zauważyć, że Wykonawca nie był wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia wadliwego wykazu. Tym samym Zamawiający nie może twierdzić, że będące w jego posiadaniu dokumenty zostały złożone w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jest to o tyle istotne, że ustawa zabrania samodzielnej modyfikacji oferty przez Wykonawcę (art. 87 ust. 1 Pzp), wielokrotnego uzupełniania dokumentów oraz wiąże możliwość sanowania wadliwych dokumentów wyłącznie z zastosowaniem trybu określonego w art. 26 ust.3 Pzp.

W pisemnym stanowisku przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Stwierdził, że nie dnia 18 sierpnia 2014 r. udzielał wyjaśnień, z nie uzupełnień dokumentów, dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zauważył, że nie ma podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu nie uzupełnienia dokumentów w terminie. W wyjaśnieniach potwierdził, że

usługa wykonywana na terenie Poznania była świadczona na skwerach, zieleńcach i terenach zieleni urządzonych o charakterze parkowym. Wskazał, że informacja w tym zakresie wynikała z samego wykazu usług złożonego w ofercie, w tym na s. 58-59 oraz 60-61.

Stwierdził, że brak jest przesłanek do przeprowadzenia procedury wyjaśnień z art. 90 ust. 1 ustawy pzp. W postępowaniu złożono 4 oferty, z czego wszystkie były poniżej wartości szacunkowej, czy też kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zauważył, że w postępowaniu wykonawcy konkurują właśnie ceną, a w swojej ofercie złożył szczegółowy kosztorys, co do którego nie wnoszono zastrzeżeń. Wskazał przykłady wyboru ośmiu ofert przez zamawiającego w 2014 roku, których cena wybranej oferty wynosiła od 20 do 57% kwoty przewidzianej do sfinansowania zamówienia, w tym oferty odwołującego w wysokości 20 i 32%.

Stwierdził, że w celu potwierdzenia spełniania warunku dysponowania niezbędnym sprzętem wskazał, kwestionowaną w odwołaniu śmieciarkę w zabudowie zamkniętej, którą będzie dysponować na podstawie wynajmu. Przystępujący stwierdził, że wskazane dysponowanie nie jest tożsame z powoływaniem się na potencjał podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Ponadto stwierdził, że funkcję śmieciarki może również pełnić wskazana w wykazie zamiatarka Hako Citymaster (poz. 9 wykazu).

Odnośnie zakresu zobowiązań do udostępnienia niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia stwierdził, że wskazane podmioty udostępniły takie zasoby w pełnym zakresie, a jednocześnie wskazano rodzaje usług, jakie te dwa podmioty będą wykonywać w charakterze podwykonawców.

Stwierdził, że na dzień składania ofert dysponował w ramach posiadanej przez siebie kadry również innymi osobami mogącymi potwierdzać spełnianie warunku określonego w pkt 1.3 b tiret pierwszy siwz. W ramach wykazu osób w ofercie wykonawca wskazał, że E. S. i C. B. posiadają uprawnienia do pielęgnacji drzew II i III stopnia. Jednocześnie, w ramach dokonanych z własnej inicjatywy uzupełnień z 10 września 2014 r. przedstawił zaktualizowany wykaz osób, z którego wynika, że osoby te ukończyły kurs „drwal – operator pilarki spalinowej”, w ramach którego odbywały się również zajęcia dotyczące pielęgnacji drzew i krzewów.

Przystępujący wskazał na przesłanki zastosowania art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i stwierdził, że nieprecyzyjne podanie kwalifikacji zawodowych dwóch osób nie

oznaczał zamiaru wprowadzenia w błąd zamawiającego. Popołniony błąd wynikał zatem z zakresu tematycznego kursu, a popołniona omyłka nie powinna skutkować wykluczeniem z postępowania. Przystępujący przyznaje, że co do zasady uzupełnienie oferty powinno być zainicjowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Na dopuszczalność samodzielnego uzupełnienia dokumentów postępowaniu wskazała jednak Izba w wyroku KIO 2723/10 stwierdzając, że pomimo uchybienia proceduralnego uzupełnione dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu, powinny być uwzględnione, jako mające znaczenie dla wyniku postępowania. W takiej sytuacji, nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, już przedłożonych w postępowaniu przetargowym, byłoby działaniem sztucznym, obarczonym nadmiernym formalizmem, nieprowadzącym do zmiany oceny.

W toku rozprawy strony i uczestnik podtrzymali stanowiska.

Odwołujący wskazał na konieczność wezwania wykonawcy w trybie art. 90 ustawy z uwagi na znaczące różnice zaoferowanej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak i cen pozostałych ofert. Przypomniał, że 24 lipca 2014 r. skierował do zamawiającego pismo ze wskazaniem istotnych okoliczności mających dowieść, iż cena wykonawcy JAMPICH jest rażąco niska. Podtrzymał stanowisko z odwołania o niepotwierdzeniu przez przystępującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym co do udostępnienia potencjału technicznego (śmieciarka). Wskazał na treść oświadczeń podmiotów trzecich (str. 22 i 29 oferty), w których ściśle określono sposób udostępnienia zasobów przez opisanie konkretnych usług. Wskazał na wykaz usług sporządzony na potwierdzenie spełnienia warunku udziału przez przystępującego (str. 66-68). Stwierdził, że z wykazu, jak również z dokumentów referencyjnych, nie wynika ilość prac wykonanych. Brak jest również dowodu co do zakresu udostępnionego doświadczenia. Wykaz zawiera jedynie informacje sporządzone przez oferenta. Dla poz. 11 wykazu wskazał, iż jak wynika ze złożonego do akt pisma zamawiającego, nie dokonywano rozliczenia z ilości usuwanych odrostów, co oznacza, że również wykonawca nie ma wiedzy co do takiej ilości.

Podtrzymał zarzut złożenia nieprawdziwych informacji. Na poparcie wskazał na wyrok KIO 1617/14. Wskazał, że w sprawie 1828/14 zamawiający weryfikował ceny w trybie art. 90. W zakresie referencji podmiotu udostępniającego wskazał na akta kontroli UZP KU 201/13 i 190/13.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W toku oceny ofert uznał, że wybrany wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału, w tym w zakresie doświadczenia w świadczeniu usług na terenach o charakterze parkowym, w tym na terenie własnym, jak i zarządzanym przez Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu. Stwierdził, że 13 sierpnia 2014 r. zwracał się do wykonawców o złożenie wyjaśnień, w tym do obecnego przystępującego, czy wykazane usługi wykonywane były na terenach parkowych. Jednocześnie nie żądał uzupełnienia dokumentów. Uznał, że otrzymane dnia 18 sierpnia 2014 r. (poniedziałek) wyjaśnienie zostało złożone w określonym terminie.

W zakresie zaoferowanej ceny uznał, że nie miał podstaw do żądania jej wyjaśnień w trybie art. 90 pzp, gdyż jak wynika z jego doświadczenia w analogicznych postępowaniach również z udziałem odwołującego, różnice między cenami wykonawców, a także w stosunku do przedmiotu zamówienia są podobne. Wskazał w szczególności na wyrok KIO 1828/14, gdzie rozbieżność cen była znacznie większa.

Stwierdził, że wybrany wykonawca potwierdził dysponowanie wymaganym sprzętem. Gdyby nawet kwestionować, tak jak w odwołaniu, dysponowanie śmieciarką, to funkcje tego urządzenia może spełnić zmiatarka z pojemnikiem (poz. 9 wykazu).

Z treści zobowiązań podmiotów trzecich wnioskuje, że podmioty te udostępniają wiedzę i doświadczenie w pełnym zakresie jednocześnie wskazują zakres prac jakie będą wykonywać w charakterze podwykonawców wskazanych w ofercie. Stwierdził, że oceniając informacje zawarte w wykazach usług, w tym także co do zakresu prac, opierał się na oświadczeniach wykonawców sporządzających te wykazy. Odnośnie możliwości samodzielnego uzupełniania dokumentów przez wykonawcę wskazuje na wyrok KIO 1169/11.

Przystępujący podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie złożonym na posiedzeniu. Wskazał na brak prawnego rygору wykluczenia z postępowania wykonawcy, który uchybił terminowi do złożenia wyjaśnień. Wskazał na str. 66-68 oferty, w szczególności na określenie opisu usług, z którego wynika że wykonywane one były na terenach skwerów, zieleńców i terenach zieleni urządzonej o charakterze parkowym. Wskazał także na referencje ze str. 57 i opisy prac na str. 58 do 61, które dotyczą prac wskazanych w referencjach (rejon 7 i 3), a z których również wynika charakter wykonywanych prac. Tym samym wykazał w ofercie wymagane doświadczenie i nie było potrzeby żądania składania wyjaśnień. Stwierdził, że w jego ocenie zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień na skutek pisma odwołującego, który kwestionował jego doświadczenie.

W zakresie ceny stwierdził, że nie było podstaw do żądania wyjaśnień. Ponownie przypomniał, że w innych analogicznych postępowaniach występują znaczne różnice cen, w których również zamawiający nie prowadził procedury z art. 90 ustęp 1 pzp.

Zakwestionował stwierdzenie o złożeniu nieprawdziwych informacji. Potwierdził, jak w piśmie, o omyłkowym wpisaniu przy kwalifikacjach dwóch osób słów „drugiego i trzeciego stopnia.” W następstwie pisma odwołującego i ponownej analizie wykazu samodzielnie poprawił błąd i uzupełnił wykaz o kolejne dwie osoby.

Stwierdził, że funkcjonalność wymaganych urządzeń określona przez zamawiającego w odniesieniu do poz. 9 i 10 jest poprawna. Wskazał także na odpowiedź z 18 czerwca 2014 r. dotyczącą parametrów śmieciarki. Potwierdził, tak jak zamawiający, zakres udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz zakres podwykonawstwa podmiotów trzecich, których oświadczenia znajdują się na str. 22 i 29 oferty. Wskazał, że w ofercie na str. od 12 do 15 znajduje się szczegółowy kosztorys ofertowy.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść oferty przystępującego oraz złożonych przez niego wyjaśnień zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Jak ustalono w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dnia 18 sierpnia 2014 r. przystępujący udzielił wyjaśnień dotyczących warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, w tym co do charakteru określanego jako „parkowy” terenów, na których świadczył usługi referencyjne on sam, jak i podmioty, które udostępniły mu potencjał. W wyjaśnieniach potwierdził, że usługa wykonywana na terenie Poznania była świadczona na skwerach, zieleńcach i terenach zieleni urządzonych o charakterze parkowym. W rzeczywistości informacja w tym zakresie wynikała już z samego wykazu usług i nazw tych usług, złożonego w ofercie, w tym na s. 58-59 oraz 60-61. Tym samym zamawiający zasadnie uznał, że wybrany wykonawca potwierdził spełnienie warunków udziału, w tym w zakresie doświadczenia w świadczeniu usług na terenach o charakterze parkowym, zarówno na terenie własnym zamawiającego, jak i zarządzanym przez Zarząd Zieleni Miejskiej w Poznaniu.



W zakresie zaoferowanej ceny przez przystępującego prawidłowa jest ocena również w oparciu o doświadczenie własne nabyte w analogicznych postępowaniach przeprowadzonych aktualnie, również z udziałem odwołującego, skala różnic między cenami wykonawców, a także w stosunku do przedmiotu zamówienia jest podobna.

Należy także uznać, że wybrany wykonawca potwierdził dysponowanie wymaganym sprzętem, w tym kwestionowaną śmieciarką, co do której wykonawca wskazał jako podstawę dysponowania umowę najmu tego sprzętu. Skład orzekający stwierdza, że wykazanie takiej okoliczności jest prawidłowe i wystarczające. Dysponowanie urządzeniem na innej podstawie niż prawo własności, tj. w tym wypadku najem, jest uprawnione i brak jest podstaw do utożsamienia tego dysponowania z korzystaniem z potencjału innego podmiotu na podstawie art. 26 ust. 2 b ustawy pzp.

Odnosnie treści zobowiązań podmiotów trzecich Izba uznaje za prawidłową ocenę dokonaną przez zamawiającego, że podmioty te udostępniają wiedzę i doświadczenie w pełnym zakresie, a jednocześnie wskazują zakres prac jakie będą wykonywać w charakterze podwykonawców wskazanych w ofercie.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego co do złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji uznając za wiarygodne wyjaśnienie o omyłkowym wpisaniu przy kwalifikacjach dwóch osób słów „drugiego i trzeciego stopnia.” Ja prawdopodobnie wskutek dwukrotnego wklejenia skopiowanej wcześniej treści. Dopuszczalność samodzielnej korekty błędu w toku badania ofert jest istotnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego problematyczna.

W okolicznościach sprawy rozpatrywanej skład orzekający uznaje, że wykonawca potwierdził spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazując zamawiającemu tę okoliczność na dzień składania ofert. W takim stanie rzeczy biorąc pod uwagę, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił zgodnie z przepisami, stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w stosunku do przystępującego, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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:**

.....