

**WYROK**

**z dnia 20 lutego 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**  
**Sylwester Kuchnio**  
**Grzegorz Matejczuk**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 lutego 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2014 r.

przez wykonawcę: **Zakład Sprzątnia Wnętrz J..... J..... „MOP 83” sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa sprzątnia pomieszczeń, chodników, dróg i placów oraz utrzymania terenów zielonych w kompleksach administrowanych przez Jednostkę Wojskową Nr 4220 Ustka – Sekcja Obsługi Infrastruktury Chojnice w latach 2014-2015* (nr postępowania 100/INFR/JW4220/2013)

prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa nr 4220 w Ustce**

przy udziale wykonawcy: **A..... K..... AGRO-POL, Niezychowice** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert, z uwzględnieniem wezwania A..... K..... AGRO-POL w Niezychowicach do uzupełnienia dokumentów w zakresie dowodów potwierdzających dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, który wykonał zamówienie z poz. 4 wykazu wykonanych usług załączonego do oferty.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Jednostkę Wojskową nr 4220 w Ustce i:**

- 2.1.** zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: Zakład Sprzątania Wnętrz J..... J..... „MOP 83” sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2.** zasądza od **zamawiającego: Jednostki Wojskowej nr 4220 w Ustce** na rzecz **odwołującego: Zakładu Sprzątania Wnętrz J..... J..... „MOP 83” sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym** kwotę **18874 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych ze stawiennictwem na posiedzenie.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 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 **Słupsku**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jednostka Wojskowa nr 4220 w Ustce – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Usługa sprzątnia pomieszczeń, chodników, dróg i placów oraz utrzymania terenów zielonych w kompleksach administrowanych przez Jednostkę Wojskową Nr 4220 Ustka – Sekcja Obsługi Infrastruktury Chojnice w latach 2014-2015* (nr postępowania 100/INFR/JW4220/2013).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S\_224-390275 z 19 listopada 2013 r., z tym, że 15 listopada 2013 r. Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy informacyjnej oraz na stronie internetowej {www.mil.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”}. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 599.869,71 zł, co stanowi równowartość 149.236,17 euro.

27 stycznia 2014 r. Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – Zakładowi Sprzątnia Wnętrz J..... J..... „MOP 83” sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym {dalej zwanej również w skrócie „MOP 83”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez A..... K..... AGRO-POL z Niezychowic.

6 lutego 2014 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej {pismo z 6 lutego 2014 r.} odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej {zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu} od powyższej czynności Zamawiającego, któremu zarzucił następujące naruszenia ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3) - 4) i art. 90 ust. 1 - 3 – przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, pomimo że, wezwany w trybie art. 90 ust. 1 pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wykonawca AGRO-POL złożył wyjaśnienia, lecz dokonana ocena wyjaśnień, a także zaniechanie dostarczenia jakichkolwiek dowodów uzasadniających treść wyjaśnień, potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, przy czym zaoferowana cena bez wątpienia jest ceną rażąco niską.
2. Art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) i art. 89 ust. 1 pkt 5), a także art. 26 ust. 2b

i {ewentualnie} art. 26 ust. 4 – przez zaniechanie wykluczenia AGRO-POL z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak i sytuacji ekonomicznej i finansowej do wykonania zamówienia, co uzasadnia analiza treści wykazu wykonanych usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie i brak dowodu istnienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej, a nadto podanie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i niewykazanie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości.

3. Art. 7 ust. 1 i art. 92 – przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.
2. Ponownego przeprowadzenia badania i oceny oferty złożonej przez AGRO-POL.
3. Wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

#### Ad 1 {zarzuty dotyczące rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji}

W pierwszej kolejności Odwołujący wywiódł, że konstrukcja przepisów art. 90 ust. 1 - 3 ustawy pzp i analiza postępowania Zamawiającego dowodzą istnienia domniemania prawnego wzruszalnego (co mają potwierdzać poglądy doktryny i liczne przykłady z orzecznictwa) istnienia rażąco niskiej ceny w badanej ofercie. Gdyby takie domniemanie nie zachodziło, Zamawiający nie byłby zobligowany do przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 90 ust. 1 - 3 ustawy pzp, a wezwany do złożenia wyjaśnień Wykonawca, nie zgadzając się na istnienie tego domniemania, winien wnieść odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność wezwania, albowiem wezwanie byłoby czynnością podjętą niezgodnie z przepisami ustawy pzp w rozumieniu art. 180 ust. 1 pzp. Odwołujący dodał, że wezwanie takie uzasadnione jest w sytuacji, gdy zaoferowana cena (lub kilka cen) jest nierealistyczna, odbiega w istotny sposób od wartości cen pozostałych ofert, nie pozwala na osiągnięcie zysku, i – co najważniejsze – może wpływać negatywnie na rzetelność wykonania zamówienia. Zdaniem Odwołującego ponieważ tak jest w przedmiotowym postępowaniu, wezwanie do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty (kalkulacji, przedstawienia dowodów uzasadniających poprawność obliczenia ceny itp.) mających wpływ na wysokość ceny, było uzasadnione i obligatoryjne.

Zdaniem Odwołującego wezwany wykonawca – w odpowiedzi na domniemanie zamawiającego co do istnienia rażąco niskiej ceny – podejmuje się udowodnienia (dowolnymi środkami dowodowymi), że jego cena nie jest zaniżona w rażący sposób – czego wyrazem jest złożenie stosownych wyjaśnień, które powinny zawierać wymagane środki dowodowe. Wykonawca może też przyznać, że cena oferty jest wynikiem błędów w ustaleniach co do zakresu zamówienia, omyłek w kalkulacji itp. – składając wprost oświadczenie, że jego oferta podlega odrzuceniu. Trzecią możliwość stanowi niezłożenie wyjaśnień. Odwołujący podsumował, że w konsekwencji przyjętego domniemania istnienia rażąco niskiej ceny, wykonawcy zmuszeni są do jego obalenia, przez przedstawienie stosownych dowodów (a właściwie „przeciwdowodów”), potwierdzających, że zaoferowana przez nich cena nie jest ceną rażąco zaniżoną w stosunku do przedmiotu zamówienia, *ale że ze względu na obiektywne czynniki (opisane przykładowo w ustępie 2 artykułu 90 ustawy PZP), są w stanie wykonać cały zakres zamówienia za zaoferowaną cenę z określonym zyskiem*. Zakres środków dowodowych pozostawiony jest inwencji wykonawcy, natomiast przyjmuje się, że zamawiający mają prawo oczekiwać przedłożenia stosownej kalkulacji i dokumentów – czego według Odwołującego w przedmiotowej sprawie zabrakło.

Odwołujący stwierdził, że konieczność odrzucenia oferty, która zawiera rażąco niską cenę, a ponadto złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania złożenia oferty z rażąco niską ceną potwierdzają liczne orzeczenia, z których przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 23 listopada 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 2445/10) – w którym powołano się na wyrok z 23 grudnia 2008 r. (sygn. akt KIO 144308), z 12 sierpnia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1605/10).

Odwołujący, powołując się na wyrok Izby z 10 listopada 2010 r. {w odwołaniu nie wskazano sygnatury}, zwrócił następnie uwagę na to, że celem art. 90 pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia, a także wspieranie zasady uczciwej konkurencji i dbałość o efektywne wydatkowanie środków publicznych.

Odwołujący podsumował, że orzecznictwo nie oczekuje wykazania w składanych wyjaśnieniach tylko tego, że świadczenie usługi nie odbywa się poniżej kosztów jej wytworzenia w celu eliminacji kogokolwiek, *ale wskazuje na wartości leżące u podstaw systemu zamówień publicznych, na jego fundamentalne zasady*.

Wychodząc od powołania się na {bliżej niesprecyzowany} wyrok Izby, w którego uzasadnieniu stwierdzono, że nie można postawić znaku równości pomiędzy ceną rażąco niską a wykonywaniem zamówienia poniżej kosztów, a chodzi raczej o cenę spekulacyjną, która dla wykonawcy niesie ryzyko niewywiązania się z kontraktu, a dla zamawiającego niebezpieczeństwo uwikłania się w źle rokujące przedsięwzięcie – Odwołujący zarzucił, że oferta wykonawcy AGRO-POL zawiera cenę spekulacyjną, a wyjaśnienie jej elementów

kalkulacyjnych potwierdziło jedynie to potwierdziło, z kolei zaniechanie jej odrzucenia przez Zamawiającego niesie za sobą ryzyko nienależytego i niestaranego wykonywania profesjonalnych czynności w toku realizacji zamówienia. W tym kontekście w odwołaniu przywołano również wyrok Izby z 10 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 704/10), w którym wskazano, że przyczyną wyraźnie niższej ceny od innych ofert może być albo świadome działanie wykonawcy albo nierzetelność kalkulacji wykonawcy, co grozi nienależytym wykonaniem lub niewykonaniem zamówienia w przyszłości.

Odwołujący podał, że wartość szacunkową przedmiotowego zamówienia Zamawiający określił na kwotę 544.715,40 zł, a 670.000,00 zł stanowi kwotę przeznaczoną na realizację przedmiotowego zamówienia. Odwołujący podniósł, że wartość oferty AGRO-POL odbiega znacząco od wartości ofert pozostałych uczestników postępowania, gdyż opiewa na kwotę 338.193,25 zł, a cena następnej w kolejności oferty Odwołującego wynosi 447.102,96 zł brutto, co daje różnicę 108.909,71 zł. Odwołujący podniósł, że wartość oferty AGRO-POL stanowi zaledwie 62,08 % wartości przedmiotu zamówienia, którą przy usługach o charakterze powtarzającym się okresowo szacuje się w oparciu o wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług lub dostaw oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Według Odwołującego różnicy pomiędzy wartością dwóch pierwszych ofert i ponad 62 % obniżenia wartości usługi w stosunku do roku poprzedniego nie sposób wytłumaczyć obniżeniem cen rynkowych dostaw, usług lub pracy osób koniecznych do wykonania zamówienia. Odwołujący zauważył, że przy skali przedsięwzięcia, stopniu jego złożoności i wielkości kosztów stałych, opisane wyżej różnice wykraczają znacząco poza różnice występujące w cenach ofert na rynku tego rodzaju usług, co może świadczyć o omyłce rachunkowej w obliczeniu ceny oferty AGRO-POL, rażąco niskiej cenie tej oferty lub o czynie nieuczciwej konkurencji (dumpingu).

Odwołujący podniósł, że ceny usług stałego sprzątnia określonego rodzaju powierzchni wewnętrznych oraz powierzchni zewnętrznych są łatwiejsze do wyliczenia, gdyż na ich wartość wpływają stosowane stawki zużycia sprzętu i materiałów oraz zatrudnienia pracowników. Wykonawca i zamawiający mogą precyzyjnie wyliczyć każdy element ceny ofert, gdyż, co do zasady, wszystkie zmienne wynikają z przepisów Kodeksu pracy, przepisów o systemie ubezpieczeń społecznych, przepisów prawa podatkowego, zasad rachunkowości itp. Cena usług sprzątnia jest efektem stosunkowo prostej kalkulacji, możliwych do zastosowania stawek i sposobów zatrudnienia pracowników oraz kosztów eksploatacji sprzętu i materiałów. Według Odwołującego w ramach takich danych

przyjmowanych dla obliczenia ceny przez wszystkich wykonawców, nie ma możliwości zróżnicowania wartości najkorzystniejszych ofert o ponad sto tysięcy złotych, jak ma to miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Koszty stałe mogą być bowiem minimalne różnicowane poprzez efekt wielkości (skali, obrotów itp.) każdego z konkurujących wykonawców, ale nie na tak wysokim poziomie wartości.

Odwołujący zwrócił uwagę na szczególny przedmiot zamówienia, dla którego wykonania potrzebna jest odpowiednio duża ilość sprzętu – ciągników oraz sprzętu drobnego (kos, kosiarek, dmuchaw do liści, itp.) – do wykonywania usług na terenach zewnętrznych utwardzonych i zielonych, a także konkretnie policzalne ilości środków koniecznych dla prac wewnątrz obiektów. Według Odwołującego nie jest możliwe wykonanie zamówienia za cenę zaproponowaną przez AGRO-POL, przy uwzględnieniu specyfiki wykonywania przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, gdy weźmie się pod uwagę, że w ciągu ostatnich 12 miesięcy wzrosły chociażby płace minimalne pracowników, koszty zakupu środków czystości, koszty eksploatacji sprzętu, koszty energii i paliw itp. – to zaoferowanie ceny takiej jak w ofercie AGRO-POL nie jest możliwe bez dopuszczenia się przez tego Wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t. j.: Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z późn. zm lub zastosowania tzw. rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisów o zamówieniach publicznych.

Odwołujący poniósł, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca winien uwzględnić w ofercie, co najmniej następujące okoliczności:

- użycie schludnej, oznakowanej cechami przedsiębiorstwa odzieży ochronnej;
- na jednego pełnozatrudnionego pracownika może przypadać do sprzątnięcia 1000 m<sup>2</sup> powierzchni wewnętrznych oraz 10.000 m<sup>2</sup> powierzchni zewnętrznych;
- ustanowienie koordynatora;
- czyszczenie i konserwacja podłóg, ścian i sufitów;
- czyszczenie i konserwacja mebli i urządzeń;
- utrzymanie czystości toalet;
- mycie okien i ram, parapetów;
- pielęgnację i utrzymanie terenów zielonych;
- koszenie trawników, podlewanie, odchwaszczanie, dosiewanie ubytków trawy, nawożenie nawozem wieloskładnikowym, aerację oraz wertykulację trawników;
- pielęgnację ogródków skalnych i klombów, opryski, spulchnianie;
- pielęgnację drzew, krzewów i żywopłotów;
- utrzymanie terenów utwardzonych;

– odśnieżanie ciągów komunikacyjnych.

Przedewszystkim jednak, z treści SIWZ wprost wynika {rozdział IV Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru}, że: *Wykonawca usługi musi uwzględnić wszystkie czynniki, jakie składają się na realizację usługi, a w szczególności:*

- *koszt zakupu środków i materiałów do utrzymania czystości,*
- *koszt bieżącego uzupełniania papieru toaletowego, mydła, ręczników, odświeżaczy powietrza w toaletach, itp.,*
- *koszt zakupu środków i materiałów do utrzymania zieleni,*
- *koszt zakupu (wynajmu) narzędzi i urządzeń technicznych służących do realizacji usług,*
- *koszty sprzątania różnych rodzajów powierzchni,*
- *koszt dojazdów do miejsc realizacji usług,*
- *koszty wywozu suszu, śniegu, skoszonej trawy i zebranych liści oraz innych odpadów powstających w związku z wykonywaniem usługi,*
- *koszt zakupu piasku do posypywania oblodzonych dróg i chodników,*
- *koszt zakupu środków higienicznych przeznaczonych na bieżące uzupełnianie w toaletach,*
- *koszty osobowe i administracyjne (zatrudnienie personelu, prowadzenie dokumentacji, itp.),*
- *koszty ubezpieczeń,*
- *inne nie wyszczególnione wyżej koszty, które przewiduje ponieść Wykonawca w związku z realizacją zamówienia, oraz wszelkie inne składniki cenotwórcze, wynikające z zakresu zlecenia oraz z obowiązujących przepisów prawa, w tym prawa lokalnego.*

Zdaniem Odwołującego, mając powyższe na uwadze, z wyjaśnień AGRO-POL winno wynikać, że uwzględnił w ofercie wszystkie ww. czynniki. Tymczasem w wyjaśnieniach wskazano jedynie, że zaoferowana cena pokrywa koszty realizacji zamówienia oraz zapewnia osiągnięcie zysku (odsyłając również do poniżej zamieszczonych wyliczeń). Natomiast kalkulacja nie potwierdza, że w cenie oferty Wykonawca ujął wszystkie elementy cenotwórcze. W pozycji *Utrzymanie porządku w budynkach* wskazano, że w kwocie 4.000 zł miesięcznie możliwe jest pokrycie kosztu 3 x 1/2 etatu + praca właścicielki firmy (łącznie 3.000,00 zł) i kosztu zakupu środków chemicznych. Abstrahując od wadliwości tych wyliczeń, co zostanie wykazane podczas rozprawy, według Odwołującego w kalkulacji nie uwzględniono następujących kosztów wprost opisanych w SIWZ: zakupu albo amortyzacji (wynajmu) narzędzi i urządzeń technicznych służących do realizacji usług, dojazdów do miejsc realizacji usług, wywozu zebranych nieczystości, administracyjnych (zatrudnienia personelu, prowadzenia dokumentacji itp.) i ubezpieczeń. Dla Odwołującego podobne wnioski wynikają z analizy szczegółowych kalkulacji kosztów utrzymania terenów zewnętrznych utwardzonych i terenów zielonych. Odwołujący stwierdził, że kosztów tych nie



można doszukiwać się w pozycji zysk, gdyż ten stanowi różnicę pomiędzy kosztami a przychodami. Zatem zakładany zysk jest ustalono dowolnie i nie znajduje żadnego uzasadnienia, a z wyliczeń wprost wynika, że kalkulacja ceny nie jest kompletna i rzetelna. Ponadto według Odwołującego brakuje jakichkolwiek dowodów potwierdzających poprawność i prawdziwość wyjaśnień, choć przedłożenie takich dowodów było obowiązkiem Wykonawcy AGRO-POL, gdyż przedstawienie na późniejszym etapie postępowania nie jest uzasadnione.

Odwołujący podniósł również, że złożenie oferty z rażąco niską ceną jest, niezależnie od przesłanki odrzucenia oferty wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy pzp, także czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący powołał się na to, że takie stanowisko znajduje potwierdzenie w opinii Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 4 lutego 2003 r. p.t. „Interpretacja przepisów nowelizacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” (Dz. Urz. UOKiK z 2003 r. Nr 1, poz. 240), w której UOKiK stwierdza m.in., że: *Na wstępie należy wskazać, że nie każde utrudnienie dostępu do rynku jest czynem nieuczciwej konkurencji. Jest nim tylko takie utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, które może być uznane za sprzeczne z ustawą, czyli nieuczciwe. Aby tak się stało, muszą być spełnione przesłanki z art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Za takie będą więc uznawane tylko działania, które naruszają klauzulę generalną ustawy (art. 3 ust. 1) są sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażają lub naruszają interes innego przedsiębiorcy lub klienta, a równocześnie skutkują utrudnieniem dostępu do rynku i polegają w szczególności na zachowaniach wskazanych w przepisie szczególnym, którym w tym wypadku jest art. 15. Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania, które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku, ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków nie znajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji.*

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: *Czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez: 1) sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.*

Według Odwołującego ponieważ nie jest możliwe świadczenie usług sprzątanía z zastosowaniem stawek przyjętych przez AGRO-POL, jednym z powodów stosowania takich nierealnych stawek jest właśnie chęć eliminacji innych przedsiębiorców z obrotu w branży.

Ad 2 {zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu}

Odwołujący podał, że warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu było m.in.:

1. Odnośnie wiedzy i doświadczenia – *Należy wykazać minimum 3 usługi, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Wartość wykonanych usług nie może być mniejsza niż 600 000,00 zł – łączna wartość wykonanych usług.*
2. Odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej – *Minimalna suma ubezpieczenia 500 000,00 zł*

A w celu wykazania powyższego należało przedłożyć:

1. *Wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie – według wzoru załączonego do oferty.*
2. *Oplaconą polisę, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.*

Odwołujący opisał, że do oferty AGRO-POL załączył wykaz wykonanych usług, do którego wpisał pięć usług. Odwołujący zarzucił, że usługi te nie stanowią wystarczającego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zarówno ze względu na ich przedmiot, wartość, jak również brak dowodów należytego ich wykonania lub wykonywania.

W pierwszej kolejności Odwołujący zauważył, że usługa transportowa polegająca na wywozie nieczystości z terenów zielonych o wartości 150.284,75 zł nie jest usługą odpowiadającą przedmiotowi zamówienia, gdyż jest nim sprzątanía pomieszczeń, chodników, dróg i placów oraz utrzymanie terenów zielonych w kompleksach administrowanych przez Zamawiającego, a nie usługi transportowe.

Ponadto ponieważ w treści umowy załączonej dla wykazania istnienia umowy o świadczenie ww. usługi wskazano, że wartość szacunkowa umowy wynosi 140.000 zł brutto {§ 2}, a umowę zawiera się na okres od 11.04.2013 r. do 31.03.2014 r. {komparycja umowy i § 8}, nie jest możliwe, aby zaawansowanie jej wykonania przekraczało wartość zakontraktowanej kwoty o ponad 10.000,00 zł na 3 miesiące przed jej zakończeniem, jak

deklaruje AGRO-POL. Według Odwołującego prawdopodobnie z tego właśnie względu Wykonawca zaniechał wystąpienia do Gminy Miejskiej Chojnice z wnioskiem o wystawienie poświadczenia, a posłużył się dokumentem prywatnym, tj. wykazem faktur, bez jednoczesnego wykazania, że faktury te zostały faktycznie wystawione i opłacone przez zamawiającego, co Wykonawca winien bezwzględnie uczynić, aby próbować wykazać przynajmniej w ten sposób, że jego usługi zostały wykonane należycie, gdyż zapłacono za nie.

Odwołujący zauważył, że dopiero w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 pzp, AGRO-POL przedłożył protokoły odbioru prac z tej umowy, w których jest 8 pozycji, a dwa ostatnie protokoły dotyczą kolejnej, innej umowy, tj. umowy zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jednocześnie w ofercie przedłożono oświadczenie o wystawieniu 10 faktur w ramach umowy podstawowej na usługi transportowe. W tej sytuacji dla Odwołującego oczywistym jest, że AGRO-POL w nieuprawniony sposób zaliczył do jednej umowy o wartości 140.000 zł zarówno prace wykonane w ramach tej umowy, jak i prace wykonane w ramach kolejnego stosunku zobowiązaniowego, tj. kolejnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, zawartej w trybie zamówienia z wolnej ręki z tym samym zamawiającym. Powyższe tłumaczy dlaczego wartość z umowy nie pokrywa się z wartością z wystawionych faktur i liczbą protokołów. Według Odwołującego powyższe należało uwzględnić w badaniu i ocenie ofert albo wyjaśnić w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

Niezależnie jednak od powyższego – zdaniem Odwołującego – zaistniała sytuacja winna zostać zakwalifikowana jako złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, na co przypadkowo dowodów dostarczył sam AGRO-POL, który uzupełniając dokumenty zapomniał o wcześniej złożonym oświadczeniu w ofercie.

Odwołujący stwierdził, że podobne uwagi dotyczą umowy na mechaniczne koszenie terenów zieleni w Chojnicach. W tym przypadku także brak przede wszystkim poświadczeń, ale także wykazania, że usługi te odpowiadają przedmiotowi zamówienia i że zostały wykonane należycie. Fakturom brak dowodów zapłaty i nie podjęto się wykazania, że zachodzą uzasadnione przyczyny o obiektywnym charakterze wobec których wykonawca nie był w stanie uzyskać poświadczenia.

Odnosząc się do usługi pozimowego oczyszczania jezdni i chodników na terenie Powiatu Chojnickiego, Odwołujący podniósł, że przedłożone poświadczenie nie może zostać zaakceptowane, gdyż stosownie do postanowień § 1 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane {dalej nazywanego również w skrócie „rozporządzeniem o dokumentach}, w odniesieniu do nadal wykonywanych dostaw lub usług okresowych lub ciągłych poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Tymczasem załączone do oferty poświadczenie wystawione zostało 22.08.2013 r., zatem nie spełnia tego wymagania.

Odwołujący wskazał, że prace wykonane na rzecz Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni wykonał podmiot używający swoich zasobów AGRO-POL na zasadach art. 26 ust. 2b pzp. Odwołujący zarzucił, że nie udowodniono, że Wykonawca AGRO-POL, polegając na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, 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. Takiego pisemnego zobowiązania brak było w ofercie. Natomiast złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp – według Odwołującego stanowi jedynie iluzoryczne i stricte formalne oświadczenie, że ww. podmiot zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia. Nie wskazano jakie konkretnie zasoby podmiotu używającego, które są nośnikami ww. wiedzy i doświadczenia zostaną udostępnione wykonawcy AGRO-POL. Odwołujący zarzucił, że Wykonawca AGRO-POL legitymuje się potencjałem podmiotu trzeciego, do którego nie posiada dostępu gwarantującego należyte i prawidłowe wykonanie zamówienia, gdyż dostęp nie nastąpi przez realne oddanie do dyspozycji konkretnych zasobów, czy też faktyczne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia innego podmiotu. Z treści zobowiązania nie wynika w szczególności choćby zakres i sposób wykorzystania tych zasobów. Art. 26 ust. 2b pzp jednoznacznie wskazuje, że wykonawca, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest uprawniony do korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Korzystanie nie może dotyczyć jednak formalnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a musi występować przede wszystkim na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z tego właśnie względu art. 26 ust. 2b pzp nakazuje wykazać, że zasoby będą do dyspozycji wykonawcy w okresie korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W praktyce ukształtował się także pogląd, że faktyczne i realne udostępnienie ww. zasobów winno następować poprzez wykazanie w ofercie zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym

podmiotem, i – w końcu – zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wszystkich ww. elementów brakuje w ofercie AGRO-POL. Zobowiązanie stwarza jedynie pozory użyczenia potencjału, które jednak faktycznie nie nastąpi. Podmiot użyczający potencjału oświadcza wprost, że użycza wiedzy i doświadczenia, ale żadnych zasobów, które wiązałyby się z tym użyczeniem na rzecz AGRO-POL nie przenosi. Tymczasem akurat wiedzy i doświadczenia nie można poprzez ww. proste oświadczenie skutecznie użyczyć. Gdyby chodziło o zasoby techniczne, być może oświadczenie takiej treści byłoby wystarczające w zakresie, w jakim wskazywało na użyczane zasoby, ale w przypadku abstrakcyjnych: wiedzy i doświadczenia, złożone oświadczenie jest dalece niewystarczające. Zdaniem Odwołującego zaakceptowanie dokumentu wystawionego przez Lucynę Ferlin GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni, prowadzi wprost do zniweczenia celu przepisów o warunkach udziału w postępowaniu i możliwości użyczenia potencjałów. Przepisy te mają umożliwiać wykonawcy, takiemu jak AGRO-POL, wzięcie udziału w zamówieniu, ale nie poprzez formalne przedłożenie, pozbawionego skutków i sankcji, dokumentu podmiotu użyczającego zasobów, ale poprzez faktyczne wykazanie, że zasoby (organizacyjne, kadrowe, itp.) tego podmiotu będą w jakiejś formie uczestniczyły faktycznie w realizacji przedmiotu zamówienia albo że ten podmiot będzie w nim uczestniczył. Odbywa się to poprzez podwykonawstwo albo zobowiązanie do korzystania z zasobów danego podmiotu na określonych zasadach. Zamawiający dopuszczając danego wykonawcę do wykonywania zamówienia musi mieć pewność, że udostępnienie ma charakter trwały i rzeczywisty, co może nastąpić poprzez przyjęcie roli podwykonawcy albo innej postaci faktycznego wykonywania zobowiązania przez podmiot użyczający zasobów.

Odwołujący powołał się na wyrok Izby z 25 września 2012 r. (sygn. akt KIO 1927/12), w którym stwierdzono m.in., że: *Zamawiający badając zobowiązanie innego podmiotu udzielone w trybie art. 26 ust. 2b p.z.p, musi mieć możliwość dokonania oceny, czy udostępnienie zasobów nastąpi w sposób rzeczywisty, zapewniający korzystanie przez wykonawcę z tych zasobów.* A także na wyrok Izby z 2 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 629/13), w którym wskazano, że *istota wiedzy i doświadczenia wskazuje, że nie można tymi zasobami podzielić się z innym wykonawcą tylko w sferze abstrakcyjnego zobowiązania bez jego zastosowania w praktyce. Bez zagwarantowania stosownego zaangażowania podmiotu udostępniającego swój zasób wiedzy i doświadczenia przy realizacji zamówienia, czyni możliwość dysponowania potencjałem przez innego wykonawcę iluzoryczną.*

Z ostrożności Odwołujący zakwestionował także formę złożonego oświadczenia podmiotu L..... F..... GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni, które winno być bezwzględnie załączone w formie oryginału a nie kopii poświadczonej za zgodność

z oryginałem przez wykonawcę AGRO- POL.

Odwołujący zarzucił, że wykonawca nie wykazał praktycznie żadnego doświadczenia w sprzątaniu pomieszczeń obiektów kubaturowych, co jest istotą zamówienia. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że do uzupełnianych dokumentów załączono wprawdzie jedno poświadczenie na wykonywanie kompleksowego sprzątania pomieszczeń stacji paliw, ale ww. usługa nie została wykazana w wykazie usług, a nadto jej wartość jest znikoma w stosunku do sformułowanego warunku i skali zamówienia.

Odnosząc się natomiast do kwestii polisy ubezpieczeniowej, Odwołujący podniósł, że dopiero w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp wykonawca AGRO-POL przedłożył polisę ubezpieczeniową InterRisk S.A., dla której nie przedłożono jednak dowodu uiszczenia składki płatnej w dwóch ratach. Zdaniem Odwołującego powyższy dokument winien bezwzględnie zostać załączony do oferty w celu wykazania, że polisa jest faktycznie opłacona.

Ad 3 {pozostałe zarzuty}

W tej sytuacji dla Odwołującego oczywistym jest, że naruszenie art. 7 ust. 1 i art. 92 ustawy pzp nastąpiło poprzez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem opisanych powyżej przepisów ustawy pzp, w tym zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

7 lutego 2014 r. Zamawiający przekazał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania.

10 lutego 2014 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo z 8 lutego 2014 r., zawierające zgłoszenie przez A..... K..... AGRO-POL z Nieżychowic przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący w przystąpieniu odniósł się w następujący sposób do zarzutów odwołania.

{zarzuty rażąco niskiej ceny i czynu nieuczciwej konkurencji}

Zdaniem Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust 1 pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, złożył wystarczające wyjaśnienia do uznania, że oferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Przystępujący oświadczył, że przy szczegółowej kalkulacji ceny wziął pod uwagę wszystkie

czynniki, jakie składają się na realizację usługi, wymienione SIWZ.

Przystępujący wskazał, że cena jego oferty odbiega od ceny oferty Odwołującego o 108.909,71 zł, co biorąc pod uwagę różnicę kosztów pomiędzy AGRO-POL a MOP 83 jest sumą nieznaczną. Ponieważ AGRO-POL jest firmą znajdującą się w bezpośrednim sąsiedztwie miejsca wykonywania zamówienia (odległość 1 km), a Odwołujący od miejsca wykonywania zadania jest oddalony o 150 km, cena oferty Przystępującego jest niższa o koszty dojazdu pracowników, koordynatora oraz koszty transportu maszyn i urządzeń potrzebnych do wykonywania zadania. Przystępujący powołał się również na to, że dysponuje zapleczem warsztatowym i sam wykonuje wszelkie naprawy oraz okresowe przeglądy maszyn, co znacznie pomniejsza jego koszty. Przystępujący zaliczył powyższe okoliczności do kategorii wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia dostępnych dla wykonawcy.

Odwołujący, po zapoznaniu się z SIWZ, w której Zamawiający żąda usunięcia skoszonej trawy poza teren miejsca wykonywania zadania, stwierdził, że z terenów zielonych można uzyskać dodatkowy dochód w postaci zbioru skoszonej trawy i sprzedaży urobku. Przystępujący przedstawił następujące wyliczenia. Na terenie miejsca wykonywania zadania jest ok. 16,6 ha użytków zielonych, z czego miejsca dostępne dla maszyn to ok. 10 ha. Z 1 ha użytków zielonych można uzyskać min. 20 balotów sianokiszonki, cena za 1 balot to ok. 80,00 zł, z czego należy odjąć 30 zł na koszt prasowania i owinięcia folią. Sumując  $10 \text{ ha} \times 20 \text{ balotów} = 200 \text{ sztuk} \times 50 \text{ zł} = 10.000 \text{ zł} \times 3 \text{ pokosy rocznie} \times 2 \text{ lata} = 60.000 \text{ zł}$ , czyli w sumie dodatkowy dochód w wysokości 60.000 zł. Przystępujący oświadczył, że w szczegółowej kalkulacji ceny przesłanej Zamawiającemu nie opisał tego, gdyż nie chciał zdradzać innym oferentom swojego pomysłu,

Przystępujący powołał się na to, że obniżenie ceny jego oferty ma również związek z tym, że AGRO-POL jest stosunkowo małą firmą, która nie zatrudnia wielkiej rzeszy pracowników jak np.: prezes, wiceprezes, dyrektor ds. rozwoju, wicedyrektor ds. rozwoju, kadrowa, księgowa, osoba od zamówień publicznych, specjalista ds. ISO, magazynier, specjalista ds. technicznych, koordynatorzy. Przystępujący oświadczył, że w AGRO-POL wszystkie stanowiska zastępują dwie osoby (właścicielka i mąż właścicielki), co znowu w znaczny sposób obniża koszty firmy.

Przystępujący stwierdził, że AGRO-POL posiada własny duży park maszynowy i techniczny, co pozwala na szybkie i tanie wykonywanie usług, dzięki czemu koszty zakupu (wynajmu) narzędzi i urządzeń technicznych służących do realizacji zamówienia znacząco się zmniejszają.

Przystępujący podniósł, że przy ocenie złożonych wyjaśnień należy brać pod uwagę

obiektywne czynniki, które miały wpływ na kalkulację ceny w wysokości wskazanej w ofercie, a ustawodawca w art. 90 ust. 2 pzp wskazuje przykładowe okoliczności. Zdaniem Przystępującego, biorąc pod uwagę wszystkie czynniki przedstawione przez niego powyżej, nie można mówić o cenie spekulacyjnej, a także o omyłce rachunkowej w obliczeniu ceny lub o czynie nieuczciwej konkurencji (dumpingu) oraz o rażąco niskiej cenie. Nie można też mówić o ryzyku nienależytego i niestarannego wykonania zamówienia.

Ponadto Przystępujący podkreślił, że AGRO-POL jest małą firmą z punktu widzenia Odwołującego, nieliczącą się na rynku, więc nie może tu być mowy o chęci eliminacji innych przedsiębiorców z obrotu w branży.

{zarzuty dotyczące warunków udziału w postępowaniu}

Przystępujący wskazał, że według SIWZ należało wykazać minimum 3 usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia, a łączna wartość wykonanych usług nie mogła być mniejsza niż 600.000,00 zł. Przystępujący podniósł, że wykazał 5 usług na łączną kwotę 833.802,32 zł, a zatem znacznie większą niż wymagana.

Po wezwaniu w trybie art. 90 ust. 1 pzp AGRO-POL dołączył poświadczenie na usługę sprzątania pomieszczeń na kwotę 9.960, 00 zł. Zdaniem Przystępującego Odwołujący nie może tego podważać, gdyż ze SIWZ nie wynikało na jaką kwotę mają być poszczególne usługi.

Przystępujący nie zgodził się ze stanowiskiem, że usługa transportowa polegająca na wywozie nieczystości z terenów zielonych nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, gdyż przy wykonywaniu zamówienia, zgodnie z SIWZ, zebrane odpady zielone, suche liście i gałęzie należało wywieźć z terenu, zatem zdobyta wiedza i doświadczenie oraz niezbędne zezwolenia, a także sprzęt pozwalają na szybkie, bezpieczne i tanie zrealizowanie usługi (wywóz masy zielonej w miejsca kompostowania i dalszego przerobu – masa przyjmowana jest bezpłatnie).

Przystępujący wyjaśnił, że różnica stwierdzona na podstawie przedstawionych dowodów wynika stąd, że po wyczerpaniu środków finansowych, jakie Gmina Miejska Chojnice przeznaczyła na wykonanie tej usługi i rozwiązaniu z tego powodu umowy, AGRO-POL po udzieleniu zamówienia z wolnej ręki nadal wykonywał usługę, co zwiększyło kwotę wynikającą z umowy. Przystępujący podkreślił, że gdyby nie wykonywał tej usługi należycie, to na pewno nie dostałby zamówienia z wolnej ręki na dalsze jej wykonywanie.

Przystępujący stwierdził, że podobne uwagi dotyczą również umowy na mechaniczne koszenie terenów zielonych w Chojnicach. Zdaniem Przystępującego w tej sytuacji, jak i przy poprzedniej usłudze dowodem jest jego oświadczenie jako wykonawcy, złożone zgodnie z § 1 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach, którego wiarygodności Odwołujący nie może



kwestionować. Przystępujący dodał, że w trybie art. 26 ust. 3 pzp dołączył jeszcze protokoły odbioru prac, z których jednoznacznie wynika, że prace zostały wykonane bez uwag. Dlatego AGRO-POL w wystarczający sposób udowodnił, że prace zostały wykonane należycie, a kwestia dołączenia faktur oraz dowodów ich zapłaty to – jak stwierdził Przystępujący – tylko niepotrzebna biurokracja.

W odniesieniu do zarzutów odnośnie usługi pozimowego oczyszczenia jezdni i chodników na terenie Powiatu Chojnickiego, Przystępujący wskazał, że ponieważ nie zalicza się ona do kategorii nadal wykonywanych usług okresowych lub ciągłych, poświadczenie z 22 sierpnia 2013 r. jest jak najbardziej aktualne. Umowa była zawarta na okres od 28 marca do dnia 30 kwietnia 2013 r., usługa została wykonana, a umowa zakończona.

Odnośnie prac wykonanych dla Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni przez inny podmiot, według Przystępującego przez dostarczenie *Zobowiązania o współpracy* udowodnił, że w stopniu niezbędnym do wykonania zadania będzie dysponował zasobami podmiotu używającego. Zdaniem Przystępującego w dobie elektronicznej i telefonicznej komunikacji nie trzeba w większym stopniu nikomu tłumaczyć jak można się porozumiewać, kontaktować, konsultować na odległość, aby przekazać niezbędne informacje potrzebne do wykonania zadania. Przystępujący wtrącił, że Odwołujący nie może przecież zagwarantować, że znajdzie na miejscu pracowników mających doświadczenie w wykonywaniu usług, co wiąże się z częstymi wizytami koordynatora prac, a to wiąże się z większymi kosztami. Przystępujący dodał, że AGRO-POL wykonywał już samodzielnie podobne zadania, a więc zdobył już w tej branży własne doświadczenie. Zdaniem Przystępującego zgodnie z art.26 ust. 2b pzp wykazuje w ten sposób, że oddane mu do dyspozycji zasoby innego podmiotu będą oddane w wystarczający sposób. Co do innych zasobów potrzebnych do wykonania zadania, oświadczył, że dysponuje potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia oraz spełnia warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, dlatego nie wskazywał podmiotu „GARDEN” jako podwykonawcy, a wykorzystanie wskazanych zasobów innego podmiotu ma mieć charakter doradczo-informacyjny.

Przystępujący podniósł, że w trybie art. 26 ust. 3 pzp dostarczył pisemne zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów przy realizacji zamówienia publicznego na czas trwania zamówienia (tj. na lata 2014-2015) przez firmę GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni L..... F..... – w formie oryginału, a nie jak twierdzi „z ostrożności” Odwołujący – w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez AGRO-POL.

Przystępujący podniósł, że na polisie, którą dostarczył w trybie art. 26 ust. 3 pzp wyraźnie widnieje, że: *Składka płatna w dwóch ratach; 1 rata w kwocie 1.250,00 zł płatna gotówką w dniu zawarcia ubezpieczenia; 2 rata w kwocie 1.250,00 zł płatna do 29.06.2014 r.*, na co dodatkowego dowodu wpłaty nie trzeba.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, z wyjątkiem tego, że cofnął zarzut dotyczący niewłaściwej formy zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, co poparł Przystępujący.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole oraz w złożonej na rozprawie odpowiedzi na odwołanie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę z drugą w kolejności ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Wobec tego zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania Przystępującego lub odrzucenia jego oferty, naraża Odwołującego na potencjalną szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z., oferty Przystępującego, wezwania do uzupełnień i wyjaśnień, przesłanych w odpowiedzi przez Przystępującego wyjaśnień i dokumentów, wezwania do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny

oferty, przesłanych w odpowiedzi wyjaśnień Przystępującego, a także z protokołu postępowania.

Izba wzięła również pod uwagę dowody złożone na rozprawie przez Zamawiającego w postaci umów i zestawień dotyczących podobnych usług na okoliczność poziomu stawek dla zewnętrznych terenów utwardzonych, dokonując odpowiedniej oceny ich mocy dowodowej oraz znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutów zawartych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

**1.**

Pierwsza grupa zarzutów odwołania dotyczy naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3) - 4) i art. 90 ust. 1 - 3 ustawy pzp – polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, pomimo że: po pierwsze – ocena wyjaśnień, a także zaniechanie dostarczenia dowodów uzasadniających ich treść, potwierdza, że oferta AGRO-POL zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, po drugie – złożenie tej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie Izby obydwie zawarte w odwołaniu zarzuty są niezasadne.

Izba zważyła, że zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa w sytuacji, gdy zamawiający pozytywnie zweryfikował wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 pzp, na odwołującym ciąży ciężar wykazania, że w rzeczywistości złożone wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Znajduje to oparcie w podstawowej regule dotyczącej rozkładu ciężaru dowodu, zgodnie z którą spoczywa on na twierdzącym, co zostało odzwierciedlone w art. 190 ust. 1 pzp w ślad za art. 6 kc. W rozstrzyganej sprawie niczego nie wnosi do sprawy podkreślanie przez Odwołującego, że Zamawiający po oszacowaniu wartości zamówienia w sposób odpowiadający regułom z art. 32 i art. 34 pzp, przeznaczył na sfinansowanie zamówienia kwotę 670 tys. zł. Pomiedzy Stronami niesporna była bowiem okoliczność, że kwotę 447.102,96 zł {cena oferty Odwołującego} należy uznać za realną i adekwatną wycenę realizacji przedmiotu zamówienia. Przedmiotem sporu jest natomiast, czy to samo można powiedzieć o cenie oferty Przystępującego, niższej o niemal 109 tys. zł. Izba stwierdziła, że wbrew temu, co podniesiono w odwołaniu, wyjaśnienia Przystępującego z 20 stycznia 2014 r. nie ograniczały się do ogólnego potwierdzenia, że za

zaoferowaną cenę {338.193,25 zł} jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia. Odwołujący pominął {w odwołaniu} lub uznał za nieistotną {na rozprawie} szeroko opisywaną w wyjaśnieniach okoliczność bliskości w stosunku do miejsca wykonywania zamówienia, zarówno bazy przedsiębiorstwa (w tym zaplecza technicznego), jak i miejsca zamieszkania osób, za których pomocą będzie realizowane zamówienie. Odwołujący nie podważył skutecznie znaczenia tych wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych Przystępującemu jako wykonawcy funkcjonującemu na lokalnym rynku. W odwołaniu nie wspomniano, a tym samym również nie zakwestionowano powołania się w wyjaśnieniach przez AGRO-POL na posiadanie własnego sprzętu (zamiatarki i kosiarki zbierające samowyladowcze) o dużej wydajności. Pomimo zapowiedzi czynionych w odwołaniu, Odwołujący nie wykazał również, że przedstawiona w piśmie z 20 stycznia 2014 r. kalkulacja ceny oferty w podziale na trzy zasadnicze elementy przedmiotu zamówienia podlegające odrębnej wycenie w ofercie {1) utrzymanie porządku w budynkach, 2) utrzymanie terenów zewnętrznych utwardzonych, 3) utrzymanie terenów zielonych}, w której wyszczególnione zostały koszty osobowe oraz koszt materiałów i środków niezbędnych dla realizacji przedmiotu zamówienia, jest dotknięta wadami uniemożliwiającymi wzięcie jej pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie wyjaśnień. Choć w odwołaniu wywiedziono, że brak wyodrębnienia w kalkulacji ceny za realizację utrzymania porządku w budynkach pięciu kategorii kosztów wymienionych w s.i.w.z. {(1) zakupu lub amortyzacji (wynajmu narzędzi i urządzeń służących do realizacji usługi, (2) dojazdów do miejsc realizacji usług, (3) wywozu zebranych nieczystości, (4) administracyjnych (zatrudnienia personelu, prowadzenia dokumentacji itp.), (5) ubezpieczeń)}, należy poczytywać za ich nieuwzględnienie w cenie oferty, nie zostało to udowodnione w toku postępowania odwoławczego. Odwołujący nie wykazał zatem, że cena zaoferowana przez AGRO-POL nie pokrywa kosztów: amortyzacji narzędzi i urządzeń technicznych, wywozu zebranych nieczystości, administracyjnych i ubezpieczeń. W pierwszej kolejności ponownie należy zauważyć, że w wyjaśnieniach powołano się na okoliczność minimalizującą koszty dojazdu ludzi i sprzętu, a koszty zatrudnienia personelu zostały wprost podane. Przede wszystkim – jak sam zauważył Odwołujący – według kalkulacji różnica pomiędzy kosztami a wynagrodzeniem wynosi 5,8 tys. zł w przeliczeniu na miesiąc. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, że przy osiągnięciu mniejszego zysku nie będzie możliwe pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, których nieuwzględnienie zarzucił w odwołaniu.

Odwołanie nie prezentuje żadnych konkretnych okoliczności podważających kalkulację kosztów osobowych, przesuwając sprecyzowanie w tym zakresie zarzutu na etap rozprawy. Jednakże zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów,

które nie były zawarte w odwołaniu. Za ugruntowane w orzecznictwie Izby należy uznać stanowisko, że poprzestanie na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się zamawiającemu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesiony. W konsekwencji, niezależnie od wymienienia na wstępie odwołania zarzutu naruszenia określonego przepisu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności), jedynie przez pryzmat okoliczności prawnych i faktycznych sprecyzowanych w odwołaniu jako uzasadnienie jego wniesienia. Okoliczności te mają decydujące znaczenie ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut. O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 192 ust. 7 pzp. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy wyjaśnienia były dostępne dla Odwołującego, a zatem miał on w pełni możliwość przedstawienia wszystkich zarzutów w odwołaniu. Tymczasem Odwołujący dopiero na rozprawie sprecyzował następujące zarzuty: po pierwsze – zaniżenia kosztów osobowych z uwagi na zbyt małą liczbę osób przewidzianych do wykonywania zamówienia w stosunku do powierzchni objętej usługą, po drugie – zarzut niezgodnego z prawem zatrudniania małżonka prowadzącej działalność gospodarczą Anny Kobus bez odprowadzania składek za osobę współprowadzącą działalność gospodarczą. Zarzuty te pozostały zresztą nieudowodnione – w s.i.w.z. zalecono jedynie, aby na jedną osobę przypadła powierzchnia nie większa niż tam podana. Z kolei Przystępujący oświadczył, że małżonek prowadzącej działalność gospodarczą jest rolnikiem ubezpieczonym w KRUS. Na marginesie należy zauważyć, że ujawniona przez Odwołującego okoliczność kalkulowania ceny oferty przy założeniu 8,6 etatu, w zestawieniu z kalkulacją Przystępującego, przewidującej maksymalnie zatrudnienie 3 osób na pół etatu oraz pracę osoby prowadzącej działalność gospodarczą i jej małżonka, w znakomity sposób wyjaśnia wyższą cenę oferty Odwołującego.

Zamawiający wykazał na rozprawie, że spośród trzech zasadniczych powierzchni objętych zamówieniem, wyłącznie w przypadku terenów zewnętrznych utwardzonych cena oferty {stawka za m<sup>2</sup>} Przystępującego odbiega od ceny Odwołującego. Zamawiający przedstawił jednak również dowody {umowy i zestawienia} wskazujące na to, że stawki na poziomie określonym przez Przystępującego są stosowane na rynku lokalnym.

Odwołujący nie wykazał zaistnienia przesłanej czynu nieuczciwej konkurencji opisanego w art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w istocie domagając się uznania stwierdzenia zajścia przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp

na podstawie tych samych okoliczności, które podał dla przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp.

**2.**

Druga grupa zarzutów dotyczy naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3) i 4) i art. 89 ust. 1 pkt 5), a także art. 26 ust. 2b i {ewentualnie} art. 26 ust. 4 ustawy pzp – polegającego na zaniechaniu wykluczenia AGRO-POL z postępowania, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (w tym dysponowania w tym zakresie zasobami podmiotu trzeciego) jak i sytuacji ekonomicznej i finansowej, ponadto podał nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania, a także na zaniechaniu wyjaśnienia wątpliwości.

Spośród wielu zarzutów zawartych w odwołaniu zasadny okazał się jedynie zarzut dotyczący niewykazania dysponowania wiedzą i doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci, co było wystarczające w okolicznościach sprawy, aby stwierdzić, że AGRO-POL nie wykazał spełnienia określonego w s.i.w.z. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

#### 2.1. zarzuty związane z niewykazaniem warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia

Izba ustaliła, że Zamawiający w s.i.w.z. określił warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia w następujący sposób: *Należy wykazać minimum 3 usługi, odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Wartość wykonanych usług nie może być mniejsza niż 600 000,00 zł – łączna wartość wykonanych usług.*

Izba zważyła, że w powyższym opisie sposobu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia określono wymaganie, aby łączna wartość wykonanych co najmniej 3 usług, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, wynosiła nie mniej niż 600 tys. zł. Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował co dokładnie rozumie przez „usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia”, tego typu niejednoznaczność, zgodnie z utrwalonym w orzecznictwie Izby stanowiskiem, nie może działać na niekorzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Za niezasadny należy zatem uznać zarzut, że usługi transportowe – wywóz nieczystości z terenów zielonych w Chojnicach {poz. 1 wykazu wykonanych usług AGRO-POL} oraz mechaniczne koszenie terenów zieleni w Chojnicach {poz. 2 wykazu wykonanych usług AGRO-POL}, względnie inne usługi z wykazu {w odwołaniu brak dokładniejszego sprecyzowania zarzutu odnośnie pozostałych usług z wykazu AGRO-POL} nie mogły być zaliczone na poczet wykazania powyższego warunku udziału w postępowaniu. Wobec tego nie ma znaczenia, czy Zamawiający wziął pod uwagę na poczet spełnienia warunku również usługę wykonaną przez AGRO-POL na rzecz Stacji Paliw M..... O..... . Zarzut bazuje

na stanowisku wyrażonym przez Zamawiającego w piśmie z 9 stycznia 2014 r., w którym zażądał na podstawie art. 87 ust. 1 pzp od AGRO-POL wyjaśnień, stwierdzając, że: *Załączony wykaz nie zupełnie odpowiada przedmiotowi zamówienia, gdyż nie wskazuje na doświadczenie w sprzętaniu pomieszczeń. W odpowiedzi na wadliwie sformułowane wezwanie {jako podstawę prawną wskazano art. 87 ust. 1 pzp, choć podstawą do wyjaśniania treści dokumentów jest art. 26 ust. 4 pzp, a zacytowane powyżej stwierdzenie sugeruje wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 pzp}* Przystępujący zdecydował się na dosłanie samego poświadczenia, że wykonywał również usługi polegające na kompleksowym sprzętaniu pomieszczeń stacji paliw oraz w kompleksie hotelowo-restauracyjnym, wraz z myciem okien. O ile rację ma Odwołujący, że Zamawiający bezpodstawnie wziął pod uwagę również tę usługę {nie została ona ujęta w wykazie, ani choćby w treści wyjaśnień AGRO-POL z 15 stycznia 2014 r.}, o tyle istotne jest, że z uwagi na wartość usług objętych wykazem i brak sprecyzowania co należy rozumieć przez usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia, nie było w tym zakresie podstaw ani do wzywania do wyjaśnień, ani do uzupełniania dokumentów.

Zdaniem Izby Odwołujący bezpodstawnie domagał się wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp z powodu zaliczenia do łącznej wartości z poz. 1 wykazu {150 tys. zł} zarówno wartości zamówienia udzielonego w trybie konkurencyjnym {140 tys. zł}, jak i wartości udzielonych następnie zamówień z wolnej ręki {10 tys. zł} dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia. Zważając na treść dokumentów uzupełnionych przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego dokonanie takiego zsumowania stało się oczywiste i nie wymagało żadnych dodatkowych wyjaśnień. Odwołujący nie sprecyzował również z czego wywodzi zakaz ujęcia w jednej pozycji wykazu takich samych usług świadczonych w sposób ciągły na rzecz tego samego zamawiającego z tytułu więcej niż jednej umowy. Co więcej, w treści poświadczenia z 23 grudnia 2013 r. Urząd Miejski w Chojnicach zaliczył na poczet umowy nr Km 272.12.2013 z 11 kwietnia 2013 r. {a więc umowy załączonej przez Przystępującego do wykazu} również usługi wykonane z wolnej ręki. Odnośnie podnoszonych w odwołaniu wątpliwości co do wyczerpania wartości pierwotnej umowy przed terminem końcowym jej realizacji, Przystępujący potwierdził, że miało to miejsce, jak to wskazano przez określenie daty końcowej w wykazie. W ocenie Izby okoliczności podniesione w odwołaniu w ogóle nie wskazują na złożenie przez Przystępującego nieprawdziwych informacji. Odwołujący w ogóle nie pokusił się również o konkretne wykazanie przesłanki wpływu nieścisłości informacji opisanych w odwołaniu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przede wszystkim Odwołujący nie był w stanie zidentyfikować jedynej ewentualnej nieadekwatności informacji

podanych w poz. 2 wykazu, polegającej na tym, że o ile podana tam wartość obejmuje również zamówienia z wolnej ręki wykonywane w listopadzie i grudniu 2013 r., o tyle okres wykonywania usługi został podany tylko dla usług wykonywanych na podstawie pierwotnej umowy {jako datę końcową podano 12 listopada 2013 r.}. Nieścisłość ta, poza tym, że nie została objęta zarzutem zawartym w odwołaniu, nie ma żadnego znaczenia, skoro *de facto* była to jedna usługa świadczona nieprzerwanie, tyle że z uwagi na przedwczesne wyczerpanie wartości zamówienia udzielonego w trybie konkurencyjnym, dalej była świadczona jako udzielona z wolnej ręki.

Zarzut nieprzedstawienia poświadczeń, że usługi z poz. 1 i 2 wykazu usług zostały wykonane należycie został oparty na pominięciu okoliczności, że w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp Przystępujący przedstawił protokoły odbioru prac, w których Urząd Miejski w Chojnicach potwierdził należyte wykonanie obu tych usług. Odwołujący nie podważał wiarygodności i prawidłowości uzupełnionych dokumentów. Bezprzedmiotowe są zatem zarzuty oparte na kwestionowaniu braków dokumentów złożonych wraz z ofertą. Nie ma natomiast żadnego znaczenia, że Przystępujący oprócz tego złożył własne oświadczenie, które *de facto* stanowi powtórzenie informacji zawartych w wykazie załączonym do oferty, a nie oświadczenie zastępujące dowód należytego wykonania opisanych w jego treści usług, gdyż w tym zakresie odesłano do załączonych poświadczeń uzyskanych od zamawiającego. Na marginesie należy zauważyć, że wbrew sugestii, która znalazła się w odwołaniu, Przystępujący nie powołał się na § 1 ust. 2 pkt 3, a na § 1 pkt 2 rozporządzenia o dokumentach. Bezprzedmiotowe jest zatem zarzucanie, że Przystępujący bezpodstawnie zastąpił własnym oświadczeniem poświadczenie należytego wykonania usług z poz. 1 i 2 wykazu.

Oczywiście niezasadny jest zarzut, że poświadczenie przedstawione dla poz. 3 wykazu usług {pozimowe oczyszczanie jezdni i chodników na terenie Powiatu Chojnickiego} jest niewłaściwe, gdyż nie zostało wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. O ile jest to prawdą, o tyle Odwołujący błędnie ustalił, że usługa ta jest nadal wykonywana, gdyż zarówno w wykazie jak i poświadczeniu wprost podano okres od 28 marca do 30 kwietnia 2013 r.

Natomiast potwierdził się zarzut niewykazania warunku sprecyzowanego przez Zamawiającego z uwagi na brak udowodnienia przez AGRO-POL, że będzie dysponował wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, który wykonał zamówienie z poz. 4 wykazu wykonanych usług {zimowe i letnie utrzymanie pieszych ciągów komunikacyjnych}. W ocenie Izby na podstawie dokumentu zatytułowanego błędnie *Zobowiązanie o współpracy* {zobowiązać się można do współpracy}, którego treść sprowadza się do lakonicznego



oświadczenia wpisanego na gotowym druku *{Niniejszym zobowiązuję się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów: wiedza i doświadczenie przy realizacji zamówienie publicznego pn...}* (tu podano pełną nazwę postępowania prowadzonego przez Zamawiającego), Zamawiający nie miał wystarczających podstaw, aby pozytywnie zweryfikować rzeczywisty charakter udostępnienia przez L..... F..... „GARDEN” Konserwacja Terenów Zieleni wiedzy i doświadczenia na rzecz Przystępującego. Izba podziela w tym zakresie wywody odwołania. W szczególności lakoniczna i enigmatyczna treść tego zobowiązania nie upoważniała Zamawiającego do oceny, że *Wykonawca L..... F..... udostępni swoją wiedzę i doświadczenie w ramach współpracy, która stanowi formę zbliżoną do podwykonawstwa* {cytat ze złożonej na rozprawie odpowiedzi na odwołanie}. Zamawiający, siłą rzeczy, nie mógł brać pod uwagę okoliczności, które zostały podniesione przez Przystępującego dopiero w zgłoszeniu przystąpienia. Przystępujący jest przy tym w błędzie, że „nikomu nie trzeba niczego wyjaśniać”, gdyż art. 26 ust. 2b pzp, uprawniając wykonawcę do skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego, nakłada jednocześnie na takiego wykonawcę obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami. Z Art. 26 ust. 2b pzp wynika, że może to być, ale nie tylko, wymieniony przykładowo środek dowodowy w postaci pisemnego zobowiązania innego podmiotu, który ma takie zasoby, jakich potrzebuje wykonawca, do ich udostępnienie temu wykonawcy. Z uwagi na różny charakter stosunków, które mogą łączyć wykonawcę z podmiotem trzecim, a także zróżnicowany charakter zasobów podlegających udostępnieniu, przepis nie określa uniwersalnej treści takiego zobowiązania, która niezależnie od okoliczności gwarantuje skuteczne wykazanie przez wykonawcę możliwości polegania na zasobach innego podmiotu niezbędnych do wykonania zamówienia. Izba podziela stanowisko, że przekazanie potencjału musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie wiedzy i doświadczenia w toku realizacji zamówienia. Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, będzie niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków zamówienia. Przy czym niewystarczające jest tu poleganie wyłącznie na wyjaśnieniach samego wykonawcy, który przypisze podmiotowi trzeciemu zobowiązanie się do świadczeń, które nie wynikają z treści dokumentu przedstawionego zamawiającemu. Nie ma jednak podstaw prawnych, aby skuteczność wykazania rzeczywistego charakteru przekazania potencjału podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia uzależniać od tego, czy podmiot ten będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia jako podwykonawca.

Izba zważyła jednak, że przedstawienie powyżej opisanego dokumentu należy traktować jako element wyjaśnienia przez Przystępującego, w odpowiedzi na enigmatycznie

sformułowane wezwanie Zamawiającego {*Proszę o wskazanie podstaw załączenia referencji wystawionej dla firmy „GARDEN”, która została dołączona do oferty*}, powodów załączenia do oferty referencji wystawionej dla innego podmiotu – L..... F..... „GARDEN” Konserwacja Terenów Zieleni. Zamawiający nie wzywał w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, a jedynie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, przy czym w piśmie wskazano na art. 87 ust. 1 pzp. W ocenie Izby istotne znaczenie ma okoliczność, że Zamawiający nie sformułował w tym zakresie wezwania precyzującego na czym polega brak w wykazaniu spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, choć mógł i powinien to uczynić. Skoro w wykazie sporządzonym przez Przystępującego ujęto zamówienie wykonane przez podmiot trzeci, dla którego załączono poświadczenie należytego wykonania, a dodatkowo przedstawiono wypis z CEDIG-u dla tego podmiotu, Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości, że w tym zakresie Przystępujący zamierza polegać na wiedzy i doświadczeniu tego podmiotu. Zamawiający winien zatem wezwać Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie dowodów potwierdzających dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, który wykonał zamówienie z poz. 4 wykazu wykonanych usług załączonego do oferty. Izba podziela pogląd wyrażany w orzecznictwie Izby, że z uwagi na znacznie tej czynności, wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie może pozostawać w sferze domysłów wykonawcy, w szczególności zamawiający winien, na ile to możliwe, precyzyjnie wskazać na czym polega stwierdzony przez niego brak i co ma być uzupełnione.

#### 2.2 zarzut niewykazania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej

Izba ustaliła że Zamawiający w s.i.w.z określił następujący warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej: *Minimalna suma ubezpieczenia 500 000,00 zł.*

Zarzut odwołania sprowadza się do nieprzedstawienia dowodu uiszczenia składki płatnej w dwóch ratach dla polisy ubezpieczeniowej uzupełnionej przez Przystępującego w wyniku wezwania do uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp.

Izba zważyła, że Odwołujący bezpodstawnie domaga się wykazania opłacenia drugiej raty składki, której termin płatności według treści polisy przypada na 29 czerwca 2014 r. Odwołujący nie wykazał również niezasadności oceny Zamawiającego, że skoro pierwsza rata składki płatna była gotówką w dniu zawarcia umowy ubezpieczenia, czyli 29 grudnia 2013 r., to wystawiona w tym dniu polisa potwierdza jej opłacenie. Dodatkowo na rozprawie Przystępujący okazał dowód wpłaty potwierdzający, że taka wpłata w tym dniu nastąpiła.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

## Sygn. akt KIO 212/14

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się uiszczony przez Odwołującego wpis, a także jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów stawiennictwa na wyznaczone posiedzenie Izby {obejmujących koszty dojazdu koleją oraz noclegu w hotelu}, na podstawie rachunków przedstawionych do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....