

Sygn. akt: KIO 2907/12

WYROK

z dnia 15 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Robert Skrzyszewski**
Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2013r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2012r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów,

przy udziale wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg Mieczysław Białowąg, ul. Budowlanych 2, 37-500 Jarosław zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,
2. kosztami postępowania obciąża Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie, ul. Legionów 20, 35-959 Rzeszów na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o., AVR S.p.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków kwotę 18 598 zł 98 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie ul. Legionów nr 20 35-959 Rzeszów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn „Kompleksowe - zimowe i letnie - utrzymanie w systemie Utrzymaj Standard autostrady A-4 na odcinku od węzła Jarosław Zachód do Korczowej (Granica Państwa) w latach 2012 – 2018”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2012/S 189-311201.

Pismem z dnia 22 listopada 2012 roku Zamawiający w trybie art. 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp zwrócił się do Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny („rażąco niskiej ceny”).

Wszczęcie procedury wyjaśniającej przez Zamawiającego w stosunku do wspomnianej oferty wynikało z faktu, iż opiewała ona na kwotę 36.832.330, 73 złotych brutto, podczas gdy kolejna z ofert, oferta Odwołującego: Konsorcjum Firm: AVR sp. z o.o. (LIDER), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków i AVR S.p.A. (Partner Konsorcjum) Via Francesco Tensi 116, 00 133 ROMA była złożona na kwotę 45.289.207,34 złotych brutto.

Pismem z dnia 20 grudnia 2012 r., przesłanym faksem, Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław.

W uzasadnieniu do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Zamawiający stwierdził, iż oferta wygrana „została wybrana zgodnie z art. 91 ust 1 ustawy Pzp na podstawie kryterium oceny ofert określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), którym była „cena”. Było to jedyne kryterium oceny ofert określone w SIWZ. Oferta otrzymała najwyższą liczbę punktów tj. 100 pkt zgodnie ze wzorem określonym w pkt 14.1 Tomu I SIWZ”.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 28 grudnia 2012r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z

prawem czynności Zamawiającego, a polegających na:

- wyborze w dniu 20 grudnia 2012 r. w przedmiotowym postępowaniu, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław, z uwagi na fakt, iż zawiera ona cenę rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- zaniechaniu wyboru w przedmiotowym postępowaniu, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego się. a z ostrożności procesowej także:
- niedokonaniu w sposób należyty badania i oceny złożonych ofert i załączonych do niej dokumentów i oświadczeń, ze szczególnym uwzględnieniem ustalenia spełniania przez wykonawców warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, a mianowicie:

1. art.7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, a polegające na wyborze oferty Wykonawcy, która winna być odrzucona, co narusza zasadę zachowania konkurencji i równego traktowania Wykonawców.
2. art. 7 ust 3 ustawy Pzp poprzez wybór najkorzystniejszej oferty w sposób naruszający przepisy Ustawy Pzp, co prowadzi do udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tejże ustawy
3. art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, a polegające na nieodrzuconiu oferty Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław, pomimo, iż ten w swoich wyjaśnieniach z dnia 26 listopada 2012 r nie obalił w oparciu o zasadę wynikającą z art. 6 k.c. - domniemania zawartego w art. 90 ust 1 ustawy Pzp, iż oferta Wykonawcy, do którego kierowane jest zapytanie w sprawie występowania „rażąco niskiej ceny”, zawiera taką cenę.
4. art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, a polegające na nieodrzuconiu oferty Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław, pomimo, iż ta zawiera „rażąco niską cenę”.

Z ostrożności procesowej zarzucił Zamawiającemu również naruszenie:

1. art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brakującego pełnomocnictwa do działania w imieniu tegoż Wykonawcy
2. art. 26 ust 4 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, a polegające na wzywaniu Wykonawcy do składania wyjaśnień w zakresie dokumentów

podlegających uzupełnieniu stosownie do treści art. 26 ust 3 Ustawy Pzp,

3. art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i zastosowanie, a polegające na nie wykluczeniu z postępowania Wykonawcy, który nie spełnił warunków określonych w art. 22 ustawy Pzp.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wnosił o :

1. Unieważnienie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław,

2. Nakazanie Zamawiającemu wyboru w przedmiotowym postępowaniu, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum AVR Sp z o.o. i AVR S.p.a.

Względnie wnosił o:

1. Unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław,

2. nakazanie powtórzenia czynności polegającej ocenie złożonych ofert, a w szczególności na wezwaniu Wykonawcy Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław do uzupełnienia dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że konkurencyjna oferta zawiera rażąco niską cenę wobec wartości szacunkowej zamówienia to jest kwoty 76.212.906,51 zł netto.

Odwołujący podkreślił, że wezwanie Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp powoduje powstanie domniemania, że cena zaproponowana przez Wykonawcę w ofercie jest ceną „rażąco niską” i wykonawca musi udowodnić, że jest inaczej.

Podniósł, że składane przez Wykonawcę wyjaśnienia nie mogą być ogólnikowe, wymijające czy nieprzekonywujące.

Zauważył, że wybrany oferent w swoim wyjaśnieniu z dnia 26 listopada 2012 roku zamiast dowieść, że jego oferta nie zawiera „rażąco niskiej ceny” i obalić domniemanie wynikające z treści art. 90 ust 1 ustawy Pzp poinformował Zamawiającego, że posiada potencjalne możliwości predystynujące go do wykonania tego zamówienia.

Wskazał, że w zdaniu zawierającym wyjaśnienia konkurenta np.: „jako że jesteśmy w posiadaniu sprzętu załadunkowego, rozładunkowego oraz rozbudowanego taboru samochodów samowładawczych, koszty dystrybucji i dowiezienia soli do Obwodu Utrzymania Autostrady równocześnie redukują się do minimum” Zamawiający nie otrzymał

informacji ile sztuk samochodów posiada Wykonawca, kwot stanowiących koszt dystrybucji, sposobu dystrybucji czy wreszcie określenia co oznacza słowo „minimum” użyte przez Wykonawcę.

Według Odwołującego trudno przyjąć za literalnym brzmieniem tego słowa by wspomniane koszty na przestrzeni 6 lat realizowania kontraktu były darmowe lub niemalże darmowe, co podważa ich autentyczność i prawdziwość takich wyjaśnień.

Zwrócił uwagę, że przy wyjaśnianiu „rażąco niską ceny” w związku ze stwierdzeniem Przystępującego, że „posiadamy wykwalifikowaną kadrę i bardzo rozbudowany park maszynowy skład, którego wchodzi wiele pojazdów i maszyn do zimowego i letniego utrzymania np. pięć sztuk nośników uniwersalnych UNIMOG z osprzętem, samochody ciężarowe uzbrojone w pługi i solarki, ciągniki z kosiarkami wysięgnikowymi, samochody patrolowe” nie zostały przez niego przedstawione oszczędności metod wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy itp., albowiem fakt posiadania przywoływanego sprzętu był jednym z warunków podmiotowych postawionych przez Zamawiającego w SIWZ (ppkt 7.2.3) i wszyscy pozostali Wykonawcy mogliby przywołać ten sam argument.

Wywodził, że gdyby ten wykazał, że np. posiada konkretny sprzęt, który charakteryzuje ekonomika spalania paliw go napędzających i koszty eksploatacji, można byłoby przyjąć, że w pewnym stopniu spełnił dyspozycję przepisu art. 90 ust 2 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego także deklaracje Wykonawcy jakoby posiadał kompletny sprzęt do realizacji niniejszego zadania nie znajdują do końca pokrycia w faktach, albowiem on sam korzystając z instytucji wynikającej z art. 26 ust 2b ustawy Pzp zmuszony był dla spełnienia warunków postawionych przez Zamawiającego „pożyczać” sprzęt od „podmiotów trzecich” (pługi lemeszowe 4 szt wraz z nośnikiem MERCEDES BENZ Atego - 4 szt, przyczepy z tablicą zamykającą dużą Nissen - 2 szt., zamiatarkę samochodową STAR ZM 260 - 1 szt) co zapewne nie wpłynęło na obniżenie ceny złożonej oferty.

Zauważył także Wykonawca w swych wyjaśnieniach dotyczących „rażąco niskiej ceny” stwierdził dalej, iż „dysponujemy własnym profesjonalnym warsztatem naprawczym, przez co ograniczone są koszty przeglądów, konserwacji i napraw parku maszynowego” nie podając, chociaż szacunkowo jak duże oszczędności przyniesie mu korzystanie z tego „profesjonalnego warsztatu naprawczego”.

Według Odwołującego, jeżeli Wykonawca prowadzi swą działalność od kilkunastu lat to powinien bez większych trudności podać, jakie oszczędności przyniesie mu naprawa pojazdów we własnym serwisie, co może świadczyć o tym, iż ich nie szacował.

Dalej wskazał, że w kolejnych zdaniach pisma wyjaśniającego Wykonawca stwierdził, że „kluczowym elementem oddziałującym na wysokość ceny jest nasza znajomość rynku i jego specyfiki, doświadczenie, które nabyliśmy podczas kilkunastoletniego wykonywania kompleksowego zimowego i letniego utrzymania dróg krajowych i bliskość wykonywania zadania”, co oznacza, że wyjaśnienia te nie są ani rzetelne, ani podbudowane dokładnymi wyliczeniami czy kalkulacjami.

W ocenie Odwołującego „Znajomość rynku i jego specyfiki” czy „doświadczenie” nie mogą być uznane za wyjaśnienia konkretne pokazujące w jaki sposób Wykonawca zamierza zaoszczędzić określone kwoty pieniężne, które składają się na cenę ostateczną zaoferowaną w ofercie, albowiem podobnymi stwierdzeniami mógłby wykazać się każdy z pozostałych Wykonawców. Trudno przypuszczać by Wykonawcy biorący udział w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego nie realizowali podobnych prac, skoro jednym z warunków określonych w pkt 7 ppkt 7.2.2 SIWZ było wykonanie lub wykonanie analogicznych zadań.

Przytoczył jeszcze kilka użytych przez Przystępującego stwierdzeń w ramach postępowania wyjaśniającego: „naszą przewagą jest również znajomość warunków klimatycznych, na którym bezpośrednio zlokalizowany jest odcinek autostrady”, „faktu zamieszkania tego obszaru przez nas (kierownictwo firmy) jak i naszych pracowników”, „jako firma świadczyliśmy i świadczymy w dalszym ciągu usługi (transportowe, sprzętowe i budowlane) na przedmiotowym odcinku”, „oferta została wyceniona w taki sposób, aby zapewniła możliwie najkorzystniejszą cenę, a jednocześnie dawała możliwość otrzymania zamówienia spełniając jednocześnie wszystkie wymagania SIWZ”.

Powyższe wyjaśnienia – według Odwołującego – nie można uznać za obalające domniemanie „rażąco niskiej ceny”.

Zarzucił, że Wykonawca nie przedłożył do pisma żadnych dowodów potwierdzających twierdzenia w nim zawarte - „Zaistnienie po stronie wykonawcy obiektywnych czynników wpływających na obniżenie ceny oferty”, nie uwiarygodnił tych wyjaśnień kalkulacjami, wyliczeniami, nie podał żadnych szacunków.

Twierdził, że konkurent pominął elementy kluczowe przy składaniu wyjaśnień w trybie

art. 90 ust 1 ustawy Pzp, a mianowicie: oszczędność metod wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, które mogły wpłynąć na zaoferowaną cenę.

Nie zgodził się z wyjaśnieniem Przystępującego, że „posiadanie własnego warsztatu mechanicznego”, „wykwalifikowanej kadry”, „znajomość warunków klimatycznych” czy „świadczenie w dalszym ciągu usługi (transportowe, sprzętowe i budowlane) na przedmiotowym odcinku” stanowią „sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy”, a ponadto by wygenerowały różnicę w cenie pomiędzy Odwołującym, a Wykonawcą - Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... na poziomie blisko 8,5 mln zł.

Zarzucił, że Wykonawca w żadnym ze zdań wyjaśnienia nie odniósł się do przedmiotu zamówienia i informacji o sposobie kalkulacji pozwalającym na zaoferowanie niższej ceny, bowiem brak jest w wyjaśnieniach potwierdzenia informacji, że wszystkie elementy zostały w ofercie skalkulowane zgodnie z warunkami SIWZ.

Zauważył, że odpowiadając Zamawiającemu Wykonawca - Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... pozostawił bez jakichkolwiek wyjaśnień pytania o przyjęte założenia i koszty dla niżej wymienionych pozycji, z których każda z osobna może mieć znaczący wpływ na poziom zaoferowanej ceny, a to:

- 1) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. zatrudnienia personelu (24 godziny x 7 dni w tygodniu) w stosunku do kosztów pracy, kosztów utrzymania brygady patrolowej, kosztów utrzymania brygady interwencyjnej, kosztów brygady roboczej,
- 2) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. zimowego utrzymania, np. przyjęta ilość dni śnieżnych w ciągu roku, przyjęta ilość prewencyjnego posypywania,
- 3) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. utrzymania terenów zielonych koszenie traw, utrzymanie drzew i krzewów,
- 4) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. obsługi obiektów typu MOP (miejsce obsługi pasażerów),
- 5) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. zakupu, instalacji i utrzymania stacji meteo,
- 6) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. zakupu, instalacji i utrzymania wideo-monitoringu,
- 7) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. utylizacji odpadów różnego typu w tym jakie zostały przyjęte ilości generowanych odpadów,
- 8) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. oczyszczania separatorów wraz z utylizacją odpadów ropopochodnych,
- 9) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. opłat za przejazd autostradą,

- 10) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. utylizacji martwych zwierząt,
- 11) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. naprawy i wymiany barier uszkodzonych w wypadkach,
- 12) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. wymiany zdewastowanych lub skradzionych elementów wyposażenia autostrady, usuwania graffiti,
- 13) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. utrzymania Obwodu Utrzymania Autostrady,
- 14) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. letniego utrzymania czystości pasa autostrady,
- 15) Przyjęte koszty lub/ i założenia dot. utrzymania obiektów inżynierskich,
- 16) Przyjęte koszty lub/i założenia dot. utrzymania w zakresie elementów elektroenergetycznych,
- 17) Przyjęte koszty lub/ i założenia dot. utrzymania oznakowania pionowego i poziomowego.

Zwrócił uwagę, że dopiero szczegółowe odniesienie się do tych pozycji dałoby Zamawiającemu wiedzę jak i czy poprawnie skalkulowana jest oferta Wykonawcy.

Odwołujący podkreślił przy tym, że w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach brak jest informacji o ewentualnym zysku Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B..... za realizację przedmiotowego kontraktu.

Ponadto zauważył, że w oparciu o porównanie ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn „Kompleksowe - zimowe i letnie - utrzymanie w systemie Utrzymaj Standard autostrady A-4 na odcinku od węzła Jarosław Zachód do Korczowej (Granica Państwa) w latach 2012 - 2018", należy stwierdzić duże rozbieżności pomiędzy ofertą Wykonawcą - Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., a pozostałymi ofertami, które w miarę jednolicie oscylowały w przedziale 45 min - 52 min brutto (wyjąwszy z tego ofertę Konsorcjum EKO - PROBUD, Bader - Dróg sp z o.o., Larix sp z o.o., która wyniosła przeszło 59 min złotych brutto).

Podniósł, że wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 ustawy Pzp Wykonawca - Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... nie wskazał Zamawiającemu obiektywnych czynników, kalkulacji, wyliczeń, szacunków, dowodów, które w odniesieniu do wykazanego w SIWZ oraz przedmiotowym odwołaniu zakresu postępowania przetargowego pozwalałyby ocenić czy zaoferowana cena jest „rażąco niska” i nie obalił domniemania występowania w ofercie „rażąco niskiej ceny”, przez co Zamawiający

winien był odrzucić jego ofertę w trybie art. 90 ust 3 ustawy Pzp.

Reasumując powyższe Odwołujący stwierdził, iż z uwagi na fakt braku dostatecznych, konkretnych i popartych kalkulacjami, wyliczeniami czy dowodami złożonymi Zamawiającemu w trybie zapytania art. 90 ust 1 ustawy Pzp GDDKiA Oddział w Rzeszowie winien był odrzucić w oparciu o treść art. 90 ust 3 ustawy p.z.p ofertę Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., jako ta z „rażąco niską ceną”.

Z ostrożności procesowej (przy przyjęciu założenia, iż zaoferowana przez Wykonawcę Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... nie ma charakteru rażąco niskiej, z czym Odwołujący się nie zgadza) Odwołujący się zauważył, iż Zamawiający dopuścił się szeregu uchybień i zaniechania w trakcie oceny oferty Wykonawcy - Zakładu Transportu i Budowy Dróg M..... B..... oraz dołączonych do niej innych dokumentów i oświadczeń, w szczególności tych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Drugi z zarzutów odwołania dotyczył złożonego przy ofercie przez Przystępującego pisma zatytułowanego „upoważnienie/pełnomocnictwo” datowanego na dzień 12 listopada 2012 r., w którym mocodawca tj. M..... B..... (Wykonawca i właściciel zakładu) upoważnił R..... B..... do przygotowania i podpisania oferty przetargowej na „Kompleksowe - zimowe i letnie - utrzymanie w systemie Utrzymaj Standard autostrady A-4 na odcinku od węzła Jarosław Zachód do Korczowej (Granica Państwa) w latach 2012 – 2018” oraz do podpisania kopii dokumentów „za zgodność z oryginałem”, a w razie wyboru oferty do podpisania umowy na realizację zamówienia.

Przy zarzucie tym wskazał, że złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymaga przedłożenia przez Wykonawcę pełnomocnictwa rodzajowego, które określa, jakie rodzaje czynności mogą być dokonane przez pełnomocnika.

Powyższe – zdaniem Odwołującego - wynika z faktu, iż działania związane z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z zasady należy uznać za przekraczające zakres zwykłego zarządu, a więc do ich dokonania potrzebne jest pełnomocnictwo określające ich rodzaj, upoważniające nie tylko do przygotowania i podpisania oferty czy podpisania kopii dokumentów „za zgodność z oryginałem”, ale również do dokonywania innych czynności czy składania innych oświadczeń woli za Wykonawcę.

Zwrócił uwagę, iż upoważnienie przez mocodawcę pełnomocnika do podpisania

oferty przetargowej nie jest tożsame ze umocowaniem go do podpisania wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i załączników do oferty.

Stwierdził, iż oświadczenia Wykonawcy (m.in. o braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania w oparciu o treść art. 24 ustawy Pzp), dokumenty potwierdzające spełnianie przez Wykonawcę warunków podmiotowych (wykazy posiadanego potencjału, wykazy wiedzy i doświadczenia, czy oświadczenia dotyczące posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej) nie są ofertą sensu stricto, a tym samym nie mogą być podpisane przez osobę, która legitymuje się tylko pełnomocnictwem do podpisania oferty.

Takie pełnomocnictwo – w ocenie Odwołującego – stanowi umocowanie osoby do podpisania formularza oferty, kosztorysu ofertowego oraz innych dokumentów integralnie z ofertą związanych.

Argumentował, że również brzmienie przepisów ustawy Pzp, w których ustawodawca celowo rozróżnia pojęcie „oferty”, „oświadczeń”, „dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych” potwierdza jego twierdzenia.

Zwrócił uwagę, iż sam Zamawiający w pkt 9 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zatytułowanym „Opis sposobu przygotowania ofert” wyraźnie odróżnia „ofertę” od pozostałych oświadczeń, dokumentów i wykazów, stwierdzając, iż „ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz niżej wymienione dokumenty:”. „Niżej wymienione dokumenty” stanowiące integralną część oferty to wg ppkt 9.5.1 „Formularz cenowy 2.1”.

Reasumując powyższe wywody, stwierdził, że pojęcie „oferty”, „oświadczeń”, „dokumentów potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych” różnią się między sobą i nie sposób przyjąć, iż przedłożone pełnomocnictwo upoważniało pełnomocnika – R..... B..... do podpisania :

- 1) „oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu” (Formularz 3.1.1),
- 2) „oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ustawy Pzp” (Formularz 3.1.2),
- 3) Formularza 3.2 („Wiedza i doświadczenie”),
- 4) Formularza 3.3 („Potencjał Techniczny”),
- 5) Formularza 3.4 („Potencjał Kadrowy”).

Podnosząc trzeci z zarzutów zwrócił uwagę na inne nieprawidłowości występujące w dokumentach złożonych wraz z ofertą przez Zakład Transportu i Budowy Dróg M.....

B....., ul. Budowlanych 2, 37 - 500 Jarosław i w procedowaniu Zamawiającego w zakresie oświadczenia przedłożonego w oparciu o treść art. 26 ust 2b ustawy Pzp przez F.U.H.P. L..... K....., Zielonka 64, 36 - 130 Rażniów zatytułowanego „Zobowiązanie innych podmiotów” z dnia 12 listopada 2012 r.

Zauważył, że w opinii prawnej opublikowanej na stronie UZP wskazano, iż „powołanie się przez wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego referencje będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia (co do zasady jako podwykonawca). Należy, bowiem mieć na uwadze, iż doświadczenie nie stanowi dobra materialnego, czy też niematerialnego, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu. (...) Nie jest, zatem możliwe udostępnienie doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane. Z tych też względów dla wykazania dysponowania zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełniania warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne jest powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia”.

Stwierdził, że stanowisko zaprezentowane w opinii Urzędu Zamówień Publicznych znajduje również poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w licznych wyrokach podkreśla, iż samo oświadczenie „podmiotu trzeciego”, w którym stwierdza się udostępnienie zasobów trwale związanych z przedsiębiorstwem (wiedza i doświadczenie, referencje) nie jest dopuszczalne i poprawne.

Wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Wykonawca - Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., przedłożył zobowiązanie F.U.H.P. L..... K....., Zielonka 64, 36 -130 Rażniów zatytułowane „Zobowiązanie innych podmiotów” z dnia 12 listopada 2012 r., w którym stwierdzono że „Zgodnie z art. 26 ust 2b pzp odda do dyspozycji Zakładowi wiedzę i doświadczenie, którymi dysponuje, a które niezbędne są do wykonania niniejszego zamówienia na okres korzystania z nich przy jego wykonaniu”.

Podniósł, że stosownie do przyjętej praktyki, orzecznictwa i doktryny zobowiązanie „podmiotu trzeciego” winno być złożone w oryginale, formie pisemnej oraz opatrzone podpisem „użyczającego”.

Zarzucił także, że ze „zobowiązania” F.U.H.P L..... K..... nie wynikało, w jakiej formie „podmiot trzeci” będzie uczestniczył w postępowaniu.

Zauważył, że sytuacja ta spowodowała, że Zamawiający w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp zwrócił się do Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... z prośbą o złożenie wyjaśnień w zakresie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp tj.

zobowiązania F.U.H.P L..... K..... o udzielenie w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp „wiedzy i doświadczenia”.

W ocenie Odwołującego pismo Zamawiającego z dnia 6 grudnia 2012 r. naruszało zasadę wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp, albowiem sugerowało ono Wykonawcy akceptowalną i poprawną odpowiedź wraz z powoływaniem się na linię orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej („Zgodnie z Unią orzeczniczą Zamawiający informuje, iż polegając na wiedzy i doświadczeniu, osoby trzeciej, zasoby te są nierozzerwalnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia. Dokument zobowiązania powinien zawierać wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonywaniu zamówienia. Powyższe uczestnictwo w dowolnej, dozwolonej postaci (jako podwykonawca, doradca, czy na innej podstawie) musi zostać wykazane przez Wykonawcę”).

Poważne wątpliwości Odwołującego się budziła również nie tylko treść, ale i forma, w jakiej Zamawiający wystąpił do Wykonawcy o wyjaśnienie zaistniałych wątpliwości.

W ocenie Odwołującego właściwą formą winna być ta przewidziana w art. 26 ust 3 ustawy Pzp polegająca na uzupełnieniu brakującego lub wadliwego dokumentu, albowiem w wyniku złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp Zamawiający, zamiast wymaganego oświadczenia woli „podmiotu trzeciego” otrzymał oświadczenie („wyjaśnienie”) złożone w dniu 7 grudnia 2012 r. przez Wykonawcę Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., w którym stwierdza się, że „Wyjaśniam i informuje, że w razie wybrania mojej oferty podmiot F.U.H.P L..... K..... będzie uczestniczył w wykonaniu w/w zamówienia, a uczestnictwo będzie polegało na doradztwie”.

Zdaniem Odwołującego podstawę powoływania się na doświadczenie „podmiotów trzecich” w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi konieczność udowodnienia Zamawiającemu możliwości dysponowania przez wykonawcę tymi zasobami, które są niezbędne do realizacji zamówienia, na dowód, czego wykonawca zobowiązany jest złożyć pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Czwarty zarzut oparty był na wskazaniu faktu niewłaściwie dokonanej przez Zamawiającego oceny spełniania przez Wykonawcę Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., ul. Budowlanych 2, 37-500 Jarosław ustalonego przez Zamawiającego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Powołał się na dyspozycję pkt 7 ppkt 7.2.2. Rozdziału I pt. „Instrukcja dla Wykonawców” Tomu I SIWZ „Instrukcja dla Wykonawców wraz z Formularzami”, której treść została zmieniona przez Zamawiającego w dniu 12 października 2012 r. w ten sposób, że: „Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) lub wykonywaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie zadań:

I. Letniego i zimowego utrzymania dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 7,8 mln PLN

ALBO

I. Letniego utrzymania dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 3,9 mln PLN

II. Zimowego utrzymania dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 3,9 mln PLN”.

Zauważył, że w załączonym do swojej oferty Formularzu 3.2 pt. „Wiedza i doświadczenie” Wykonawca Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... wskazał, iż wykonuje cztery usługi polegające na całorocznym (zimowym i letnim) utrzymywaniu dróg, z tymże w pkt 4 tegoż Formularza powołał się na doświadczenie innego podmiotu (F.U.H.P. K..... L....., Zielonka 64, 36-130 Raniżów).

Przede wszystkim Odwołujący zwrócił uwagę, iż tak sformułowany warunek jak ten z pkt 7 ppkt 7.2.2. Rozdziału I pt. „Instrukcja dla Wykonawców” świadczy o tym, iż Zamawiający dla spełnienia warunków podmiotowych, będzie wymagał wykazania się wykonaniem lub wykonywaniem jednej usługi polegającej na „Letnim i zimowym utrzymaniu dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 7,8 mln PLN”.

Świadczy o tym – w ocenie Odwołującego - fakt, że Zamawiający w SIWZ używa słowa „usługa” w liczbie pojedynczej, a nie „usługi”, co wskazuje, że by spełnić postawiony warunek nie można „sumować” doświadczenia, ale trzeba wykazać się referencją potwierdzającą wykonywanie jednej usługi.

W przeciwnym razie Zamawiający mówiłby o „usługach” lub w sposób wyraźny wskazał możliwość dodawania doświadczenia.

Jako kolejny argument przemawiający za takim interpretowaniem warunku zawartego w pkt 7 ppkt 7.2.2. podniósł fakt, że Zamawiający dla Wykonawców nie legitymujących się doświadczeniem wykonywania jednej usługi „Letniego i zimowego utrzymania dróg klasy

min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 7,8 min PLN” przewidział alternatywę w postaci spełnienia warunku polegającego na realizacji dwóch oddzielnych usług w zakresie „Letniego utrzymania dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 3,9 min PLN” i „Zimowego utrzymania dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 3,9 min PLN”.

Według Odwołującego tak postawiony warunek pozwalał na dwa alternatywne sposoby wykazania spełnienia wymogów postawionych w pkt 7 ppkt 7.2.2. SIWZ, jednak żaden z nich nie przewidywał „sumowania” doświadczenia.

Na dowód słuszności powyższej tezy powołał się na fakt, że np. trzeci w kolejności z Wykonawców firma Maldrobud W..... M..... i E..... M..... sp. j. przedłożyła dla spełnienia opisywanego warunku referencje potwierdzającą wykonywanie jednej tylko usługi tj. „Letniego i zimowego utrzymania dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usługi nie mniejszej niż 7,8 min PLN”.

Odwołujący uważał, że Zamawiający tak formułując warunek powinien się liczyć z tym, że będzie on interpretowany ściśle, literalnie gdzie wyraz „o wartości łącznej” będzie odnosił się nie do sumowanych łącznie usług, ale wartości łącznej „nie mniejszej niż 7,8 min PLN” „usługi” „letniego i zimowego utrzymania dróg klasy min. GP” „w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych”.

Podobnie zresztą – zdaniem Odwołującego - winien być interpretowany alternatywny z wymogów postawionych w SIWZ przez Zamawiającego tj. 2 niezależne prace potwierdzające „letnie/zimowe utrzymanie dróg klasy min. GP”, „o wartości łącznej usługi nie mniejszej niż 3,9 min PLN” „w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania”.

W związku z powyższym Odwołujący podkreślił, że przy takim prawidłowym interpretowaniu warunków zawartych w pkt 7 ppkt 7.2.2. SIWZ Wykonawca Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... nie wykazał ich spełnienia w przedłożonym Formularzu 3.2 „Wiedza i doświadczenie” (podpisanym przez nieuprawnionego R..... B.....) oraz referencjach załączonych do oferty i innych dokumentów.

Zaznaczył także, że gdyby Izba jednak uznała, że Zamawiający prawidłowo dopuścił możliwość „sumowania” wiedzy i doświadczenia, z czym Odwołujący się nie zgadza zwrócił uwagę na jeszcze inne kwestie.

Z faktu wyboru, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty Wykonawcy konkurencyjnego Odwołujący się wysunął wniosek, iż Zamawiający dokonując oceny spełniania tego warunku dokonał sumowania wartości wymienionych w wyżej przywołanym wykazie usług i zaniechał weryfikacji długości okresu, w jakim usługi te były realizowane.

Odwołujący wskazał, iż w poz. 1 Formularza 3.2 Wiedza i doświadczenie załączonego do oferty Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... podane są dwie daty rozpoczęcia realizacji usługi „całorocznego letniego i zimowego utrzymania drogi krajowej nr 4 odcinek Łańcut-Korczowa 72,832 km, droga klasy GP”, a mianowicie w kolumnie czwartej „Charakterystyka zamówienia./Informacje potwierdzające spełnienie warunku opisanego w pkt 7.2.2. IDW” Wykonawca ten wskazał, że: „W okresie od 01.11.2011 r. do 31.10.2012r wykonano usługi na łączną kwotę 3 387 777,11 zł (referencje)”, zaś w kolumnie piątej „Czas realizacji - Początek dzień/miesiąc/rok” jako dzień rozpoczęcia świadczenia tejże usługi podał: „10.11.2011”.

Z dołączonego do wyżej opisanego wykazu dokumentu referencji wystawionych dla Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie Rejon w Jarosławiu wynika, iż realizował on usługę całorocznego letniego i zimowego utrzymania drogi krajowej nr 4 odcinek Łańcut-Korczowa, a to na podstawie umowy z dnia 10 listopada 2011 r., nr 2814/172/2011 i w okresie od dnia 10 listopada 2011 r. do dnia 31 października 2012 r. jego wynagrodzenie wyniosło 3 387 777,11 zł brutto.

Biorąc pod uwagę termin zawarcia umowy, na podstawie, której Wykonawca Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... realizuje usługę całorocznego letniego i zimowego utrzymania drogi krajowej nr 4 odcinek Łańcut-Korczowa (a stwierdzony w referencjach), jak i fakt wskazania w Formularzu 3.2. „Wiedza i doświadczenie”, jako początku realizacji tej usługi dnia 10 listopada 2011 r., Odwołujący stwierdził, że Wykonawca ten nie wykonuje przedmiotowej usługi przez okres pełnych dwunastu miesięcy kalendarzowych (co miałyby miejsce w momencie rozpoczęcia jej realizacji najpóźniej w dniu 01 listopada 2011 r.).

Zaznaczył, że analogiczna sytuację dotyczy usługi wymienionej w pkt 4 Formularza 3.2. „Wiedza i doświadczenie”, tj. „Kompleksowego - zimowego i letniego - utrzymania w systemie Utrzymaj standard autostrady A - 4 na odcinku od węzła Dębica Wschód do węzła Rzeszów Wschód, drogi ekspresowej S-19 na odcinku od miejscowości Stobierna do węzła Rzeszów Wschód wraz z odcinkiem drogi krajowej nr 19 od węzła Rzeszów Wschód do

granicy miasta Rzeszowa oraz na odcinku od węzła A-4 Rzeszów Zachód do węzła Świlcza w okresie 6 lat (drogi klasy GP)”.

Wskazał, że termin rozpoczęcia świadczenia tejże usługi wskazany w formularzu, jak i wynikający z dołączonych referencji to dzień 26 lipca 2012 r., co wskazuje, że nie mogła ona być wykonywana przez kolejne 12 miesięcy kalendarzowych, a także obejmować zimowego i letniego utrzymania tej drogi.

Według Odwołującego te ustalenia mają istotny wpływ na ocenę spełniania przez Wykonawcę Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji przedmiotowe zamówienia, bowiem łączna suma wartości wszystkich wykonanych przez niego (i podmioty trzecie) usług, a wymienionych w Formularzu 3.2 „Wiedza i doświadczenie” wynosi: 7 895 310,90 zł, po pominięciu usług wymienionych w pozycjach 1 i 4 (jako realizowanych w terminach krótszych niż wymagany przez Zamawiającego) wartość ta spada do kwoty: 3 875 613,17 zł, co nakazuje przyjąć, iż wykonawca ten nie wykazał spełniania tego warunku udziału w postępowaniu.

Zarzucił, że Zamawiający w tym zakresie nie dopełnił swoich obowiązków w zakresie weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu: nie wezwał do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, co doprowadziło w rezultacie do wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie udowodnił, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w nim.

Piąty zarzut dotyczył niespełnienia przez Odwołującego ustanowionego przez Zamawiającego w pkt 7.2.4b SIWZ warunku podmiotowego odnoszącego się do „sytuacji ekonomicznej i finansowej” zgodnie z którym wskazano, iż jednym z koniecznych do spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wykazanie przez Wykonawcę, że posiada on „zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości nie mniejszej niż 1 475.000,00 PLN”.

W ocenie Odwołującego Wykonawca winien w sposób niebudzący wątpliwości wykazać w odpowiednim dokumencie, że „posiada”, „dysponuje”, „ma” „zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości nie mniejszej niż 1 475.000,00 PLN”, a podana przez Zamawiającego konkretna kwota również nie pozwala na dowolną interpretację tego postanowienia.

W takim przypadku Wykonawca musi wykazać się „posiadaniem” lub „dysponowaniem” wartości powyżej 1 475.000,00PLN.

W inny sposób warunek nie zostanie spełniony, co skutkować winno wezwaniem wykonawcy w oparciu o treść art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a w razie niedopełnienia tego obowiązku, automatycznie, na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp wykluczeniem go z postępowania na skutek nie wykazania warunków, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego zarzutu zakwestionował przedłożoną przez wykonawcę „Opinie bankową” opatrzoną datą 5 listopada 2012 wydaną przez Bank Spółdzielczy w Jarosławiu według, której stwierdza się – zdaniem Odwołującego - w sposób enigmatyczny m.in., że: „Obroty za 10 miesięcy 2012 r. na rachunku bieżącym po stronie Wn i Ma zamykają się kwotą 8-mio cyfrową...Zdolność kredytową Klienta szacuje się na kwotę 1.500.000 złotych (słownie: jeden milion pięćset tysięcy złotych 00/100)”.

Odnosząc się do powyższego fragmentu dokumentu, Odwołujący zauważył, iż stwierdzenie, że „obroty za 10 miesięcy 2012 r. na rachunku bieżącym po stronie Wn i Ma zamykają się kwotą 8-mio cyfrową” nie oznaczają w żadnym wypadku, iż na koncie Wykonawcy Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... na dzień jego wystawienia znajduje się z całą pewnością kwota przewyższająca wymagane w 7.2.4b SIWZ 1 475.000,00 złotych, co wynika, chociażby to z faktu, iż kwotą 8-mio cyfrową jest również kwota z dwoma miejscami po przecinku np. 475.000,58 złotych, a więc kwota nie spełniająca wymagań zawartych w 7.2.4b SIWZ.

Odwołujący wskazał również, że użycie przez Zamawiającego w przedmiotowym warunku sformułowania „Wykonawca winien wykazać” przy zastosowaniu literalnej wykładni oznacza, że Wykonawca winien wskazać konkretną kwotę środków, którymi dysponuje na koncie.

Ponadto podniósł, że sformułowanie „Zdolność kredytową Klienta szacuje się na kwotę 1.500.000 złotych (słownie : jeden milion pięćset tysięcy złotych 00/100)” zawarte w „Opinii Bankowej” nie czyni zadość wymogom postawionym przez Zamawiającego, który w 7.2.4b SIWZ zażądał od Wykonawcy wykazania że ten „posiada”, „ma” „zdolność kredytową lub środki finansowe w wysokości nie mniejszej niż 1 475.000,00 PLN”.

W ocenie Odwołującego słowo „szacuje” nie może być traktowane przez Zamawiającego, jako synonim słów „ma”, „posiada”, a także nie pozwala dokładnie określić wyraźnie zdolności kredytowej którą „wykazać miał się Wykonawca” celem spełnienia

wymogu postawionego przez Zamawiającego w 7.2.4b SIWZ.

Według Odwołującego tak sformułowane zdanie może oznaczać zarówno, że Wykonawca Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B..... ma zdolność kredytową przewyższającą wymagany poziom 1 475.000,00 PLN, ale może tego poziomu zdolności nie osiągać, a takie sformułowanie „Opinii bankowej” służyć ma ukryciu tego faktu.

W związku z powyższym Odwołujący podkreślił, iż legitymujący się tak sformułowaną opinią bankową Wykonawca nie może być uznany przez Zamawiającego za spełniającego warunek podmiotowy określony przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie w 7.2.4b SIWZ.

W dniu 2 stycznia 2013r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Transportu i Budowy Dróg M..... B....., wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść złożonej przez Przystępującego oferty, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pisma Zamawiającego z dnia 22 listopada 2012r., wyjaśnień Przystępującego do powyższego pisma z dnia 26 listopada 2012r., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 2 stycznia 2013r., pisma procesowego Odwołującego z dnia 13 stycznia 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez pełnomocników stron i uczestnika wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o jego oddalenie w całości.

Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 i art. 90 ust.2 i 3 powołanej wyżej ustawy Pzp, jednak nie stwierdziła naruszenia przez niego dyspozycji przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 i art.26 ust.3 i 4 ustawy.

W pierwszej kolejności Izba zwróciła uwagę, iż Zamawiający miał obowiązek zastosowania reguły określonej w art.90 ust.1 cyt. wyżej ustawy Pzp., w myśl, której Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający takie czynności podjął w piśmie z dnia 22 listopada 2012r.powziawszy uprzednio wątpliwość w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny w złożonej przez Przystępującego ofercie.

Powyższe wątpliwości Zamawiającego wynikały z różnic pomiędzy ceną oferty Przystępującego i oferty Odwołującego oraz innych ofert, jak również z ustalonej wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia.

Z tych powodów Zamawiający – według zapatrywania Izby - miał pełne podstawy do zwrócenia się do Przystępującego o wyjaśnienie zaoferowanej przez niego ceny w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp.

Należy zauważyć, iż stosownie do brzmienia art.90 ust.2 powyżej ustawy Pzp Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Z ustaleń Izby wynika jednak, że Zamawiający takiej oceny w istocie nie przeprowadził, co potwierdza brak dokumentów zgromadzonych przez niego w trakcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego świadczących o tym, jakie obiektywne czynniki Zamawiający wziął pod uwagę dokonując oceny rażąco niskiej ceny.

Izba uznała również, że wyjaśnienia Zamawiającego, że swoją ocenę, jeżeli chodzi o przypuszczenie braku rażąco niskiej ceny oparł na przekonaniu, że cena oferowana przez Przystępującego nie była poniżej 20% jej wartości w stosunku do następnej ceny ofertowej należało uznać za mało przekonujące, skoro została wdrożona procedura wyjaśniająca w trybie przepisu art.90 ust.1 ustawy Pzp.

To samo odnosi się również do wyjaśnień Zamawiającego, iż powyższą ocenę wyjaśnień Przystępującego dokonywał w oparciu o informacje uzyskane w innych postępowaniach sprzed kilku miesięcy i na podstawie przeświadczenia, że nastąpiła istotna zmiana cen rynkowych za świadczenie podobnych usług.

Wszystkie te argumenty podniesione przez Zamawiającego w istocie nie zmieniają stanowiska Izby w aspekcie braku udowodnienia przez Przystępującego okoliczności niewystępowania rażąco niskiej ceny.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko Odwołującego o obowiązku Przystępującego udowodnienia okoliczności braku rażąco niskiej ceny, zgodnie z regułą dowodową wynikającą z art.6 kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art.90 ust.3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika, że wolą ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom złożenia wyjaśnień, w tym wraz z przedłożeniem stosownych dowodów na okoliczność braku istnienia rażąco niskiej ceny.

Przystępujący w swoich wyjaśnieniach z dobrodziejstwa powyższego przepisu nie skorzystał udzielając odpowiedzi w sposób bardzo ogólny, lakoniczny i nieobalający domniemania rażąco niskiej ceny.

Zdaniem Izby z uwagi na nieprecyzyjność i znaczny stopień ogólności wyjaśnień Przystępującego niepopartych żadnymi dowodami należy uznać, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia jego oferty na zasadzie przepisu art.89 ust.1 pkt. 4 w związku z art.90 ust.5 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła przy tym, że Przystępujący nie przedstawił żadnego dowodu na etapie wszczętego postępowania wyjaśniającego zaprzeczającego istnieniu rażąco niskiej, a w szczególności dowodu z dokumentów na potwierdzenie istnienia okoliczności o charakterze obiektywnym.

Powyższy stan rzeczy, którego następstwem powinno być odrzucenie oferty Przystępującego nie uzasadnia – według zapatrywania Izby – możliwości przeprowadzenia

dodatkowego postępowania dowodowego na okoliczność wystąpienia bądź nie rażąco niskiej ceny.

Stanowisko Izby znajduje swoje potwierdzenie w judykaturze sądowej.

W wyroku z dnia 05 stycznia 2007r. - sygn. akt V Ca 214/06 Sąd Okręgowy w Warszawie przyjął zapatrywanie, że „Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny”.

W ocenie Izby cena oferty Przystępującego odbiegająca od pozostałych swoją wartością wymagała omówienia i załączenia odpowiednich dowodów, jak chociażby kalkulacji, umów itp., czego Przystępujący nie uczynił ograniczając się jedynie do bardzo ogólnego wyjaśnienia okoliczności braku rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego należy przyjąć, że próba Przystępującego i Zamawiającego wykazania braku rażąco niskiej ceny z pominięciem procedury art.90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp nie została przeprowadzona skutecznie, a działanie Zamawiającego dotyczące oceny rażąco niskiej ceny należy potraktować, jako niemieszczące się w granicach obowiązującego prawa.

Dalej przechodząc do rozpoznania pozostałych zarzutów Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

Odnosząc się do drugiego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów to - w ocenie Izby - przedłożone przez Przystępującego pełnomocnictwo miało charakter rodzajowy i w sposób dostateczny upoważniało R..... B..... do podejmowania czynności związanych ze złożeniem oferty, w tym w szczególności do składania oświadczeń i innych załączników do oferty, które stanowią ofertę sensu largo.

Zdaniem Izby zarówno Przystępujący formułując pełnomocnictwo, jak i działający w jego imieniu pełnomocnik mieli podstawy sądzić, że jeżeli pełnomocnik jest upoważniony do przygotowania oferty i jej podpisania, a także w razie wyboru tej oferty, również do podpisania umowy, to tym bardziej jest on umocowany do składania oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie warunków podmiotowych, których spełnienie może dopiero doprowadzić do oceny oferty, a w konsekwencji do ewentualnego jej wyboru, jako najkorzystniejszej.

Trzeci zarzut odwołania dotyczący oświadczenia złożonego przez Leszka Kochanowicza o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia na rzecz Przystępującego, również nie znalazł uznania Izby, z tego powodu, że stosowne oświadczenie zostało złożone w trybie przepisu art.26 ust.2b ustawy Pzp i załączone przez Przystępującego do oferty w formie pisemnej w postaci dokumentu wystawionego przez podmiot udostępniający zasób.

Jednocześnie Izba uznała, że Zamawiający w sposób odpowiadający dyspozycji art.26 ust.4 ustawy Pzp miał prawo upewnić się, co do zakresu i sposobu udzielonego doświadczenia i wiedzy podmiotu trzeciego i nie miał obowiązku żądania nowego dokumentu – „zobowiązanie innych podmiotów” z dodatkową informacją o uczestnictwie w wykonaniu zamówienia w formule doradztwa, na zasadzie art.26 ust.3 ustawy Pzp, skoro dołączone do oferty zobowiązanie nie było wadliwe i spełniało wymagania Zamawiającego.

Jako bezzasadny należało uznać również zarzut czwarty dotyczący niewłaściwie dokonanej oceny spełniania przez Przystępującego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia niezbędnych do realizacji zamówienia, a zawartych w złożonym przez niego wykazie.

Izba, rozpatrując ten zarzut, ustaliła, że Zamawiający już po dokonanej modyfikacji postanowień pkt. 7.7.2.2. rozdziału I, tomu I SIWZ żądał wykazania się doświadczeniem i wiedzą w wykonaniu(zakończeniu) lub wykonywaniu usług letniego i zimowego utrzymania dróg klasy min. GP o wartości łącznej w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych wykonywania usług nie mniejszej niż 7,8 mln zł.

Zdaniem Izby wymienione w przedmiotowym wykazie zadania potwierdzają spełnianie ww warunku, bowiem dopuszczalne jest sumowanie doświadczenia i wiedzy, jeżeli usługi wymienione w zadaniach były wykonywane w okresie 12 kolejnych miesięcy kalendarzowych, a ich wartość łączna nie była mniejsza niż 7,8 mln zł.

Z powyższych względów nie ma istotnego znaczenia, że w wykazie tym występuje kilkudniowa kolizja terminów w zakresie rozpoczęcia świadczenia.

Izba nie podzieliła również argumentacji Odwołującego dotyczącej zarzutu piątego uznając, że oszacowanie przez bank zdolności kredytowej na kwotę 1 500 000 zł, jest bliskoznaczne z posiadaniem tej zdolności na kwotę 1 500 000 zł, zatem warunek pkt. 7.2.4b SIWZ należy uznać za spełniony.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż stwierdzone powyżej naruszenia przepisów ustawy Pzp miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:.....

.....

.....