

Sygn. akt: KIO 603/20

WYROK
z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. w Dąbrowie Górniczej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Dąbrowa Górnicza

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wykonawcy SIGNUM Oznakowanie Sp. z o.o. w Czeladzi w zakresie spełnienia warunku udziału w przetargu dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności zawodowej z pkt 8.2.3.1. SIWZ, a także dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Dąbrowa Górnicza i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. w Dąbrowie Górniczej tytułem wpisu od odwołania,

- 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Dąbrowa Górnicza na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A. w Dąbrowie Górniczej kwotę 18 893,00 zł (osiemnaście tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt trzy złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

wyroku z dnia 6 lipca 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 603/20

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Realizacja zadań związanych z bieżącym utrzymaniem oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na terenie gminy Dąbrowa Górnicza”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 241-591887, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 20 marca 2020 r. środek zaskarżenia wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca Przedsiębiorstwo Miejskie MZUM.PL S.A., Al. Józefa Piłsudskiego 74, 41-303 Dąbrowa Górnicza (dalej zwany jako „odwołujący”). W odwołaniu postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 91 ust. 1 PZP poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji wybór oferty wykonawcy SIGNUM pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona (ewentualnie z ostrożności procesowej wykonawca ten winien zostać wezwany do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem, względnie do złożenia oraz poprawienia dokumentów i oświadczeń),
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 PZP w zw. z art. 78¹ § 1 KC w zw. z art. 25 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73) poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzuconie oferty wykonawcy SIGNUM pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z ustawą, ponieważ nie została złożona w formie elektronicznej (nie została podpisana elektronicznym podpisem kwalifikowanym), ewentualnie z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 2:
 - 2a. (zarzut ewentualny) art. 89 ust. 1 pkt 8 PZP w zw. z art. 78¹ § 1 KC w zw. z art. 25 ust 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz

- uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73) poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy SIGNUM pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, ponieważ nie została złożona w formie elektronicznej (nie została podpisana elektronicznym podpisem kwalifikowanym),
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy SIGNUM pomimo faktu, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 3:
- 3a. (zarzut ewentualny) art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty wykonawcy SIGNUM pomimo faktu, że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z powodu zastosowania w niej cen tzw. „drapieżnych”, o których mowa w art. 15 ust 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 z późn. zm.)
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art 87 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 pkt 1 PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji dopuszczenie sytuacji, w której wykonawca SIGNUM samodzielnie dokonuje niedopuszczalnej zmiany w treści oferty po upływie terminu składania ofert, jak również samodzielnie dokonuje zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, pomimo braku takiej możliwości, co w konsekwencji winno prowadzić do odrzućenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP, ewentualnie (z ostrożności procesowej) do wezwania wykonawcy SIGNUM, na podstawie art. 26 ust. 3 PZP do złożenia dokumentów podmiotowych pierwotnego podmiotu udostępniającego zasoby (Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „B.” spółka jawna),
5. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewykluczenie wykonawcy SIGNUM z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że wskazany w ofercie zakres podwykonawstwa realizowanego przez podmiot udostępniający zasoby (spółkę Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) nie potwierdza, że podmiot ten będzie realizował usługi, do których wymagane są zdolności techniczne udostępniane przez ten podmiot, ewentualnie z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 5:

- 5a. (zarzut ewentualny) art. 26 ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, w związku z brakiem możliwości bazowania na zasobach udostępnionych przez spółkę Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ewentualnie z ostrożności procesowej, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego nr 5 oraz zarzutu ewentualnego 5a:
- 5b. (zarzut ewentualny) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewezwanie wykonawcy do złożenia (uzupełnienia) oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby spółki Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o niewydaniu wobec tego podmiotu prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny, w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy PZP, pomimo faktu, że podmiot ten oświadczenia takiego nie złożył, a przez to Zamawiający nie zweryfikował czy wobec tego podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty wykonawcy SIGNUM Oznakowanie Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 11/18, 41-250 Czeladź (dalej zwanego jako „wykonawca SIGNUM”) i wykluczenia wykonawcy z postępowania, ewentualnie - z ostrożności procesowej - nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy SIGNUM do złożenia oświadczeń i dokumentów podmiotu udostępniającego zasoby oraz wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., ewentualnie do złożenia dokumentu podmiotowego spółki Saferoad Grawil sp. z o.o. - oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w zarzucie ewentualnym nr 5a powyżej. Wniesiono także o nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, a także o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby oraz sądów powszechnych, potwierdzonym przez Sąd Najwyższy, wybór oferty najkorzystniejszej obejmuje ciąg czynności, w ramach których zamawiający zobowiązany jest do kompleksowej oceny ofert (w tym pod kątem zaistnienia przesłanek do odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu). W tym względzie na uwagę zasługują: uchwała Sądu Najwyższego z dnia

17 listopada 2017 roku (sygn. akt III CZP 56/17, III CZP 58/17) i wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 maja 2018 roku (sygn. akt IV CSK 448/17).

W ocenie odwołującego wybór oferty wykonawcy SIGNUM, która winna zostać z postępowania odrzucona, jest podjęciem przez zamawiającego czynności niezgodnej z przepisami ustawy p.z.p. Oferta ta bowiem powinna zostać z postępowania odrzucona, ponieważ jest niezgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p.) ze względu na złożenie jej w niewłaściwej formie oraz brak podpisania elektronicznym podpisem kwalifikowanym (z ostrożności - ze względu na jej nieważność na podstawie odrębnych przepisów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. z powodu tożsamyh okoliczności), ze względu na dokonanie niedozwolonych zmian w jej treści po terminie składania ofert - nieuprawnioną zmianę podmiotu udostępniającego zasoby przez wykonawcę, a w konsekwencji „dołożenie” do oferty podmiotu, który nie był przewidziany przez wykonawcę w momencie jej składania, a także zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), zaś z ostrożności - ze względu na fakt, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w postaci zastosowania w niej cen tzw. „drapieżnych”.

Dodatkowo, w przypadku gdyby Izba uznała, że oferta wykonawcy SIGNUM nie powinna zostać z postępowania odrzucona, odwołujący wskazuje, że wybór oferty tego wykonawcy jest przedwczesny, ponieważ zamawiający nie wezwał go do złożenia dokumentów podmiotowych dla podmiotu udostępniającego zasoby - Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „B.” Sp.J. Zamawiający nie wezwał także wykonawcy do zmiany podmiotu udostępniającego zasoby - Saferoad Grawil Sp. z o.o., ze względu na fakt, że podmiot ten nie będzie realizował usług, do których wymagane są zdolności techniczne, które udostępnia on wykonawcy na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu. Ponadto zamawiający nie wezwał wykonawcy do złożenia przez podmiot udostępniający zasoby - Saferoad Grawil Sp. z o.o., oświadczenia o niewydaniu wobec tego podmiotu prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 ustawy p.z.p.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 78¹ § 1 k.c. w zw. z art. 25 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73).

Zdaniem odwołującego złożenie oferty bez dochowania warunków odnośnie podpisania kwalifikowanym podpisem elektronicznym stanowi podstawę do jej odrzucenia na kanwie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. (wyrok KIO z dnia 22 maja 2019 r., KIO 835/19; wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2019 r., KIO 599/19). Odwołujący wskazał także na brzmienie art. 10a ust.

5 p.z.p., art. 78¹ § 1 k.c. oraz motyw 49 i art. 25 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L- z 2014 r. Nr 257, str. 73) i podsumował, że w jego opinii - skoro podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu, to powinien być stosowany w sposób tożsamy (identycznie) jak podpis własnoręczny. Zatem powinien być składany w tych samych miejscach, w których składany byłby podpis własnoręczny (w przypadku składania oferty w postaci papierowej z podpisem własnoręcznym). Natomiast wykonawca SIGNUM nie złożył elektronicznego podpisu kwalifikowanego pod formularzem oferty, ale pod plikiem zawierającym formularz ofertowy oraz formularz cenowy, czyli według odwołującego nie złożono podpisu pod formularzem oferty, co stanowi o niedochowaniu formy wymaganej przepisami ustawy.

Na potwierdzenie swojego stanowiska odwołujący wskazał wyrok Izby z dnia 28 kwietnia 2015 r., KIO 745/15, gdzie wskazano, że dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli, niezbędnym jest złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść tego oświadczenia, a nie na innych dokumentach, oświadczeniach. załączonych do oferty (...) W przypadku braku podpisania formularza oferty nie zachodzi omyłka, o jakiej mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p., bowiem oferta niepodpisana jest z mocy prawa nieważna, nie wywołuje skutków prawnych, a przepisy p.z.p. nie przewidują w tym przypadku możliwości konwalidacji braku zachowania formy pisemnej. Odwołujący podsumował, że co prawda wyrok zapadł na gruncie nieaktualnego stanu prawnego, ale zdaniem wykonawcy odwołującego jest on obowiązujący, kiedy podpis elektroniczny zostanie złożony w innym miejscu, niż pod formularzem oferty.

2a. Zarzut ewentualny naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. w zw. z art. 78¹ § 1 k.c. w zw. z art. 25 ust 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73).

Opierając się na uzasadnieniu zarzutu głównego nr 2 w związku z pojawiającymi się orzeczeniami Izby, odmiennie kwalifikującymi błędną formę oferty, odwołujący wskazuje (z ostrożności), że brak podpisu elektronicznego pod formularzem oferty może być kwalifikowana również jako nieważność oferty na podstawie odrębnych przepisów, w oparciu o art. 78¹ § 1 k.c. W tym zakresie wskazano na wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2014 r., KIO 537/14, KIO 599/14, zgodnie z którym zamawiający ma bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty złożonej bez zachowania formy pisemnej. Podstawą tej czynności jest zarówno art. 89 ust. 1 pkt 1 jak, i art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. Oferta złożona z naruszeniem przepisów o formie jest bowiem sprzeczna z przepisami p.z.p. (art. 82 ust. 2 p.z.p.) i jednocześnie nieważna na

podstawie odrębnych przypisów, tj. przepisów k.c., określających skutki niezachowania formy pisemnej zastrzeżonej pod rygorem nieważności.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.

Według odwołującego ceny zaproponowane przez wykonawcę SIGNUM w formularzu cenowym, jak również stawka roboczogodziny, są rażąco zaniżone w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący, jako załącznik nr 6 do odwołania, przedstawia pozyskane oferty producentów oraz informacje i cenniki ze stron internetowych, z których wynika, że ceny zaoferowane przez wykonawcę SIGNUM są nieadekwatne, rażąco zaniżone, a co więcej nie pokrywają nawet kosztów wytworzenia dostarczanych produktów, nie mogą więc pokryć kosztów dostawy i montażu produktów.

Dalej odwołujący podniósł, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, pismem z dnia 31 stycznia 2020 r. wykonawca potwierdził przyjętą stawkę na poziomie 15,00 złotych oraz przedłożył dowody na realność ceny, w tym kopię umowy o pracę, z której wynika, że pracownik biorący udział w realizacji zamówienia otrzymuje wynagrodzenie w wysokości 4 439,42 złotych brutto. Zgodnie z art. 129 § 1 k.p. czas pracy wynosi 8 godzin na dobę w przeciętnie pięciodniowym tygodniu pracy. W ciągu tygodnia pracownik może więc przepracować 40 godzin. Średnia ilość godzin pracy w miesiącu, przyjmując, iż miesiąc liczy 4 tygodnie (20 dni roboczych), to 160 godzin. Wykazana przez wykonawcę SIGNUM wysokość wynagrodzenia pracownika (4 439,42 złotych brutto) dzielona przez liczbę godzin pracy w przeciętnym miesiącu daje wartość około 27,75 złotych brutto, zatem to taką kwotę ma zapłacić mu SIGNUM. Do tego należy doliczyć koszty pracodawcy (ubezpieczenia, składki, itd.), więc 15,00 złotych nie pokrywa nawet kosztów pracy zatrudnionego pracownika.

W opinii odwołującego w stawce za roboczogodzinę trzeba uwzględnić oprócz kosztów pracy, koszty dodatkowe, takie jak koszty odzieży roboczej pracownika, koszty maszyn i urządzeń używanych przez pracownika, koszt samochodów używanych do transportu pracownika lub zwrot kosztów używania samochodu prywatnego dla celów służbowych. Jeśli wykonywanie usług na rzecz zamawiającego ma odbywać się również w godzinach nocnych i weekendy, to też koszty dodatków za pracę nocną, czy za prace w dni wolne od pracy. Ponadto wykonawca bazuje w części na personelu (zasobach osobowych) podmiotu trzeciego Saferoad Grawil Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, co jest oddalone o ponad 300 kilometrów od miejsca wykonywania zamówienia, z czasem dojazdu powyżej 3 godziny. Zatem według odwołującego należy w stawce za roboczogodzinę doliczyć koszty delegacji, diet, wynajmu kwater i dojazdów dla pracowników podwykonawcy. Stawka roboczogodziny, zaoferowana przez wykonawcę SIGNUM, nie pokrywa kosztów pracy pracownika i nie pokrywa kosztów dodatkowych, które winny zostać w tej stawce uwzględnione. Stanowi to o rażąco niskiej cenie oferty, jak również o oferowaniu usług poniżej kosztów ich świadczenia, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, zgodnie z art 15 ust. 1 pkt 1 u. z.n.k.

3a. Zarzut ewentualny naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k.

W powołaniu na argumentację wskazaną w zarzucie nr 3, należy stwierdzić, że sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców stanowi delikt określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. Wykonawca SIGNUM zaoferował zamawiającemu stawkę roboczogodziny niepokrywającą kosztów świadczenia usługi i stawki jednostkowe za wykonanie dostawy wraz z montażem niepokrywające kosztów zakupu przedmiotów podlegających dostawie, a co za tym idzie niepokrywających kosztów zakupu i montażu. W ocenie odwołującego działania wykonawcy SIGNUM nakierowane były na maksymalne obniżenie ceny swojej oferty, w celu nieuczciwego wyeliminowania pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Mając na uwadze, że termin realizacji zamówienia wynosi 24 miesiące, a zamawiający jest jedynym podmiotem na obszarze gminy Dąbrowa Górnicza, który zamawia usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia, to działania wykonawcy SIGNUM miały na celu wyeliminowanie innych przedsiębiorców z możliwości realizacji tego typu zamówień na obszarze gminy Dąbrowa Górnicza na okres 24 miesięcy. Zatem zdaniem odwołującego została spełniona również druga przesłanka wskazana w omawianej normie.

4. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art 87 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 pkt 1 p.z.p.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów podmiotowych (na podstawie art. 26 ust. 1 p.z.p.) wykonawca samodzielnie dokonał zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, ze wskazanego w ofercie na EUROVIA POLSKA S.A., co jest niedozwolone na podstawie wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 roku (C-387/14), który jest podstawą do analogicznych orzeczeń Izby (wyrok z dnia 23 października 2018 r., KIO 2083/18). Jedyną przyczyną, dla której może dojść do zmiany podmiotu, na zasoby którego wykonawca powołuje się dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest odpowiednie wezwanie zamawiającego (art. 22a ust. 6 p.z.p.), wyłącznie w przypadku, gdy podmiot taki podlega wykluczeniu, bądź gdy jego zasoby nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Inicjatywa w takim przypadku należy wyłącznie do zamawiającego, a nie wykonawcy, który po otwarciu ofert nie może dokonywać zmian w ich treści zgodnie z art. 87 ust. 1 p.z.p. Skutkiem powyższych czynności wykonawcy SIGNUM powinno być odrzucenie oferty tego wykonawcy przez zamawiającego, z powodu niezgodności oferty z ustawą, czyli naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w związku z dokonaniem niedopuszczalnej zmiany w ofercie (art. 87 ust. 1 p.z.p.).

Ewentualnie, z ostrożności procesowej - skutkiem takiej czynności powinno być nieuwzględnienie samodzielnie dokonanej zmiany oferty przez wykonawcę, nieuwzględnienie złożonych dokumentów oraz wezwanie przez zamawiającego, na podstawie art. 26 ust.

3 p.z.p., wykonawcy SIGNUM do złożenia dokumentów podmiotowych podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie, które nie zostały złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p.

5. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p.

W przypadku bazowania przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do zdolności technicznych lub zawodowych, wymagane jest, aby podmiot ten zrealizował usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 p.z.p.).

Zamawiający w punkcie 8.2.3.1 SIWZ postawił następujący warunek udziału w postępowaniu niezbędny do wykazania przez wykonawcę: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał lub jest w trakcie wykonywania co najmniej dwie usługi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł. brutto każda, polegające na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego dla miasta w którym liczba mieszkańców wynosi ponad 100 000 mieszkańców. W przypadku usług wykonywanych nadal wartość 1.000.000,00 zł brutto dotyczy części już zrealizowanej.

Wykonawca SIGNUM, dla wykazania spełniania powyższego warunku udziału bazował na udostępnionym mu zasobie podmiotu trzeciego Saferoad Grawil Sp. z .o.o., w postaci wiedzy i doświadczenia tego podmiotu nabytych podczas następujących realizacji (wykaz usług złożony przez wykonawcę SIGNUM w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p. oraz referencje i poświadczenia załączone do w/w wykazu): 1) Konserwacja i bieżące utrzymanie oznakowania pionowego, poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na drogach publicznych w granicach administracyjnych miasta Płocka w latach 2015-2017; 2) Konserwacja i bieżące utrzymanie oznakowania poziomego i pionowego ulic miasta Płocka w latach 2018-2020.

Jednocześnie w formularzu oferty (str. 4) wykonawca SIGNUM wskazał, że podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca wyłącznie w zakresie oznakowania poziomego. Zatem oświadczenie to jest wprost niezgodne z art. 22a ust. 4 p.z.p., który wymaga aby w takiej sytuacji podmiot udostępniający zasoby realizował całość usług, co do których ma odpowiednie doświadczenie i wiedzę (zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu), a nie wyłącznie w ograniczonym zakresie, ponieważ nie gwarantuje to realizacji zamówienia przez podmiot posiadający właściwą wiedzę i doświadczenie. Udostępnienie zasobów nie ma realnego charakteru, zasoby nie zostały prawidłowo udostępnione, a w konsekwencji wykonawca SIGNUM nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przy czym w ocenie odwołującego niedopuszczalne jest zastosowanie przepisu art. 22a ust. 6 p.z.p., ponieważ zdolności podmiotu trzeciego potwierdzają spełnianie warunku

udziału w postępowaniu (niemniej jednak nie jest on spełniony wyłącznie ze względu na ograniczenie wykonawstwo tej spółki), jak również (z zastrzeżeniem zarzutu ewentualnego 5b) Saferoad Grawil Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu, w związku z powyższym brak jest podstaw do żądania zmiany podmiotu trzeciego na inny. Dodatkowo, ze względu na wskazanie w formularzu oferty określonego zakresu przewidzianego do wykonania dla podwykonawcy, ewentualna zmiana podmiotu trzeciego na inny powodowałaby nieuprawnioną zmianę w treści oferty (art. 87 ust.1 p.z.p.). Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę SIGNUM z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

5a. Zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego oznaczonego numerem 5, należy zważyć, że zamawiający (po stwierdzeniu niewłaściwego udostępnienia zasobów) winien wezwać wykonawcę SIGNUM do przedłożenia dokumentów (wykazu usług, referencji), z których będzie wynikało spełnienie przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

5b. Zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 3 p.z.p.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu głównego opisanego numerem 5 oraz zarzutu ewentualnego 5a (a więc w przypadku gdyby Izba uznała, że podmiot trzeci spółka prawidłowo udostępniła wykonawcy posiadane zasoby oraz zakres udziału tego podmiotu odpowiada regulacji art. 22a ust. 4 p.z.p., czemu odwołujący stanowczo zaprzecza) to należy wskazać, że wykonawca SIGNUM nie złożył oświadczenia Saferoad Grawil Sp. z o.o. o niewydaniu wobec tego podmiotu prawomocnego wyroku sądu skazującego za wykroczenie na karę ograniczenia wolności lub grzywny w zakresie określonym przez zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 p.z.p. a więc zamawiający nie miał możliwości całościowej weryfikacji sytuacji podmiotowej spółki do czego jest zobowiązany przepisem art. 22a ust. 3 p.z.p.

Ponadto, Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, że nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy SIGNUM Oznakowanie Sp. z o.o., ul. Powstańców Śląskich 11/18, 41-250 Czeladź (dalej zwanego jako „wykonawca Signum”), wobec niedochowania zawitego trzydniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia, liczonego od momentu otrzymania kopii odwołania od zamawiającego (art. 185 ust. 2 p.z.p.).

Skład orzekający stwierdził, że zgłoszenie przystąpienia zostało doręczone Izbie w dniu 2 kwietnia 2020 r., kiedy zgodnie z informacją od zamawiającego odwołanie doręczono wykonawcy Signum w dniu 27 marca 2020 r., więc termin na doręczenie przystąpienia Prezesowi Izby skutecznie upłynął dnia 30 marca 2020 r., w którym to dniu dopiero nadano przystąpienie pocztą. Zdaje się, iż wykonawca pomylił organy, którym należy przekazać przystąpienie i doręczył je najpierw jednostce zamawiającej, kiedy art. 185 ust. 2 p.z.p. nakłada na wykonawcę obowiązek doręczenia przystąpienia, w terminie trzech dni od dnia otrzymania odwołania, Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej.

Postępowanie przed Izbą opiera się na zasadzie formalizmu procesowego, która oznacza, że postępowanie odwoławcze jest odpowiednio zorganizowanym i ułożonym działaniem. Zatem czynności stron i uczestników postępowania, powinny być dokonywane w oznaczonej formie, miejscu oraz czasie. Natomiast skuteczny upływ terminu określonego w art. 185 ust. 2 p.z.p. powoduje wygaśnięcie prawa wykonawcy do uzyskania statusu przystępującego do postępowania odwoławczego.

Zamawiający, prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzeń i rozprawy, nie stawiał się przed Izbą, co zgodnie z § 21 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092 ze zm.) nie wstrzymuje rozpoznania odwołania. Jak również nie skorzystano z prawa do złożenia odpowiedzi na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się wniesionym odwołaniem, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu stanowiska odwołującego złożonego ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający ustalił, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., zostało wniesione przez podmiot uprawniony, a także dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p., zatem podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Izba ustaliła dalej, że odwołanie podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. i nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy. Izba stwierdziła również, że odwołujący posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Zarzuty postawione w odwołaniu sprowadzały problematykę sprawy do weryfikacji wyników oceny i badania oferty wykonawcy Signum, w tym czy doszło do naruszenia w przetargu przez zamawiającego art. 91 ust. 1 p.z.p., art. 89 ust. 1 pkt 1 (ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) w zw. z art. 10a ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 78¹ § 1 KC w zw. z art. 25 ust. 2 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (Dz. U. UE. L. z 2014 r. Nr 257, str. 73), dalej zwanego jako „rozporządzenie e-IDAS”), art. 89 ust. 1 pkt

4 p.z.p. (ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), dalej jako „z.n.k.”), art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 pkt 1 p.z.p., art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p. (ewentualnie art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 3 p.z.p.).

Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający – uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a wykonawcą Signum, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdził, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części – potwierdziło się naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 p.z.p. i zaniechanie wezwania wykonawcy Signum do wykazania jednej usługi określonej w pkt 8.2.3.1. SIWZ (Izba stwierdziła, że nie wykazano w sposób prawidłowy potencjału zawodowego dotyczącego Saferoad Grawil Sp. z o.o. we Włocławku), a także naruszenie art. 91 ust. 1 p.z.p., który to zarzut jest zarzutem akcesoryjnym dla pozostałych podniesionych w odwołaniu i wobec przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy Signum jako oferty najkorzystniejszej, znalazł on częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie rzeczy. W konsekwencji stwierdzonych naruszeń ustawy p.z.p. skład orzekający nakazał zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Signum, w tym przeprowadzenie procedury w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. w zakresie potencjału podmiotowego wykonawcy i ponowny wybór najkorzystniejszej oferty, zgodnie z sentencją wyroku.

Skład orzekający nie podzielił stanowiska odwołującego zawartego w zarzutach 2 i 2a z *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 (ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p.) w zw. z art. 10a ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 78¹ § 1 k.c. w zw. z art. 25 ust. 2 rozporządzenia e-IDAS i oddalił odwołanie w tym zakresie.

Podstawą do podniesienia zarzutu przez odwołującego było stanowisko, że oferta wykonawcy Signum nie została podpisana elektronicznym podpisem kwalifikowanym, co powoduje w ocenie odwołującego, że jest ona niezgodna z ustawą p.z.p., a także nieważna na podstawie odrębnych przepisów, wskazanych powyżej. Odwołujący upatrywał wady oferty w tym, iż skoro podpis elektroniczny ma skutek prawny równoważny podpisowi własnoręcznemu, to powinien być stosowany w sposób identyczny jak podpis własnoręczny –

składany w tych samych miejscach, w których składany byłby podpis własnoręczny. Natomiast wykonawca Signum nie podpisał oddzielnie pliku formularz oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) i pliku formularz cenowy (załącznik nr 1a do SIWZ), a scalił oba załączniki w jeden plik, który podpisał podpisem elektronicznym, czyli zdaniem odwołującego nie złożono podpisu pod formularzem oferty.

Na podstawie materiału procesowego Izba ustaliła, że wykonawca Signum złożył ofertę – 40 stronicowy plik w formacie pdf zawierający formularz oferty i formularz cenowy – prawidłowo podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez pana K.W., co zresztą nie było przez odwołującego kwestionowane. W ocenie składu orzekającego umknęło uwadze strony, że wadą oferty powodująca niezgodność z ustawą, czy nieważność na podstawie odrębnych norm, nie będzie niezłożenie podpisu elektronicznego w konkretnym miejscu dokumentu elektronicznego. Zarzucane przez odwołującego wady oferty stanowią istotne wadliwości co do jej formy, a wady takiej Signum nie zarzucano, więc omawiane zarzuty już z tego powodu nie mogły zostać uwzględnione, jak również problemem w ocenie strony nie była prawidłowość podpisu, a „miejsce” w jakim on się znajdował. Art. 10a ust. 5 p.z.p. dotyczący wymogu sporządzenia, pod rygorem nieważności, oferty w postaci elektronicznej i opatrzenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym, także takich obostrzeń nie zawiera. Izba wskazuje, że „do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu” (art. 78¹ § 1 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.), zatem trudno skutecznie twierdzić, że fakt łącznego podpisania dwóch załączników do SIWZ, a nie każdego oddzielnie, nie spełnia wymogu postaci elektronicznej, a jedynie za taką wadę można byłoby ofertę odrzucić (art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 5 p.z.p. lub art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 78¹ § 1 k.c.). Natomiast art. 25 ust. 2 rozporządzenia e-IDAS dotyczy zrównania skutku prawnego podpisu elektronicznego z podpisem własnoręcznym i jest to norma określająca moc prawną podpisu elektronicznego – równoważność podpisu elektronicznego podpisowi ręcznemu, więc niezrozumiałym pozostało jak z treści tej normy odwołujący wywiódł sankcję nieważności podpisu elektronicznego, kiedy złożony on zostanie, zdaniem odwołującego w innym miejscu, niż odwołujący uważa, że powinien zostać złożony.

Autorska koncepcja odwołującego nie znalazła aprobaty składu orzekającego, gdyż po pierwsze – nawet w sposób luźny nie można połączyć jej z przepisami, których uchybienie zarzucono zamawiającemu, a po drugie – złożenie przez wykonawcę jednego podpisu na pliku pdf zawierającym dwa oświadczenia należy uznać za prawidłowe. Wykonawca Signum złożył oba wymagane formularze, połączone w jeden plik (czego zamawiający nie zakazał, chociaż i tak byłby to ewentualnie jedynie wymóg co do formy oferty, bez żadnych niezgodnych z prawem skutków w przypadku jego niedochowania), podpisany prawidłowo. Warto zwrócić

uwagę, że składanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego odbywa się nieco inaczej, niż dotychczas składanie podpisu własnoręcznego. W przypadku dokumentu elektronicznego trudno mówić o złożeniu podpisu „na dokumencie” lub „pod treścią”. Kwalifikowany podpis elektroniczny co do zasady obejmuje całą treść, niezależnie od tego czy podpisano np. plik w formacie pdf, czy nawet jeżeli podpisano plik skompresowany do formatu zip. Podpis elektroniczny stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych, jak i do skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych i w świetle definicji podpisu elektronicznego z rozporządzenia e-IDAS we wskazanych powyżej przypadkach podpis rodzi takie same skutki prawne.

Podpis elektroniczny dotyczy danych jako takich, a nie plików bądź dokumentów, zatem niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania każdego pliku z osobna, kilku oświadczeń bądź dokumentów znajdujących się w jednym pliku, czy wszystkich plików łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem oświadczeń bądź dokumentów znajdujących się w jednym pliku lub zestawem plików obejmuje całość zawartych w nim danych. (por. wyrok Izby z 05.03.2020 r. sygn. akt KIO 296/20, KIO 297/20) Wobec powyższego skład orzekający stwierdził, że odwołujący nie wykazał naruszenia zarzucanych norm prawnych i omawiane zarzuty, jako bezpodstawne, zostały przez Izbę oddalone.

W stosunku do zarzutu nr 3 z *petitum* odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzczenie oferty wykonawcy Signum, pomimo że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, oraz zarzutu ewentualnego – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji nieodrzczenie oferty wykonawcy Signum, pomimo że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. (zarzut nr 3a), skład orzekający stwierdził jak niżej.

Izba ustaliła w oparciu o treść dokumentacji postępowania, że zamawiający nie wzywał wykonawcy Signum do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny (art. 90 ust. 1 p.z.p.), żaden wykonawca nie był w tym przedmiocie wzywany (pkt 16 protokołu ZP-PN). Zamawiający, w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., zapytał wykonawcę Signum – w zakresie istotnym dla rozpoznawanego sporu – o wysokość przyjętej stawki roboczogodziny w korelacji ze stawką minimalną wynikającą z rozporządzenia z dnia 10 września 2019 r. Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 1778), zgodnie z pkt 2 wezwania z 29 stycznia 2020 r. Treść wezwania powoduje, że nie można zakwalifikować go jako przeprowadzenia procedury wyjaśniającej rzetelności skalkulowania ceny oferty Signum. Ponadto odwołujący nie podnosił, że wezwanie to stanowiło nie wyjaśnienie treści oferty (art. 87 ust. 1 p.z.p.), a wezwanie do wyjaśnienia kalkulacji ceny (art. 90 ust. 1 p.z.p.). W przetargu nie zaistniały

także przesłanki zastosowania art. 90 ust. 1a p.z.p., zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień ceny, kiedy procentowa różnica pomiędzy ceną oferty wykonawcy, a wartością zamówienia z doliczonym podatkiem od towarów i usług lub średnią arytmetyczną złożonych w postępowaniu ofert, wynosi co najmniej 30%.

Powyższe okoliczności są o tyle istotne, iż po pierwsze – na rozprawie odwołujący podnosił, że to na zamawiającym i wykonawcy Signum spoczywa ciężar wykazania realności ceny. Jednakże umknęło uwadze strony, że przerzucenie ciężaru dowodu następuje wyłącznie w sytuacji opisanej w hipotezie art. 190 ust. 1a p.z.p., tym niemniej nie można wyklądać tej normy w taki sposób, że w odwołaniu wystarczy podnieść, że cena konkurencji jest rażąco niska i wtedy to konkurencyjny przedsiębiorca ma przedkładać dowody, że jego cena jest ekwiwalentna. Art. 190 ust. 1a p.z.p. należy interpretować przez pryzmat art. 90 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że obowiązek wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy – i to na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień (art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p.). W sytuacji, gdy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dojdzie do wszczęcia procedury weryfikującej cenę – wskazany próg procentowy, zaistnienie uzasadnionych okoliczności, które powodują wrażenie, że cena może być zaniżona – wtedy wykonawca ma udowodnić, że jego cena jest realna (art. 90 ust. 2 p.z.p.). Ustawodawca, mając na uwadze prawidłowe wydatkowanie środków publicznych i ochronę zamawiającego przed nierzetelnymi przedsiębiorcami, określił przesłanki, które powodują, że wykonawca ma udowodnić w przetargu, że zaoferował realną, wiarygodną cenę, która pozwoli na prawidłowe wykonanie zamówienia, a na jej poziom mają wpływ szczególne, korzystne warunki dostępne dla wykonawcy. Obowiązek wykazania wskazanych okoliczności przez wykonawcę w przetargu znalazł odzwierciedlenie w postępowaniu odwoławczym, które ma charakter kontradyktoryjny. Gdyby ustawodawca nie uregulował konieczności *de facto* obrony wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę w przetargu – odpowiednio przez zamawiającego, który ocenił je jako wystarczające i wiarygodne, lub przez przystępującego, kiedy wykonawca sam uczestniczy w procesie – to obowiązek z art. 90 ust. 2 p.z.p. stałby się regulacją iluzoryczną i po stronie wykonawcy w przetargu preferowane byłoby jak najbardziej niejasne i niepełne wyjaśnianie ceny, bowiem to nie on a jego konkurencja musiałaby doszukiwać się dowodów, że zaniżył cenę. A tak konkurencja weryfikuje co do zasady pełne i wyczerpujące wyjaśnienie w jaki sposób cena została obliczona, doszukując się w nim błędów, a nie przedstawia nieograniczone spektrum dowodów, które mogłyby świadczyć o tym w jaki sposób kalkulowano cenę i co mogło zostać zaniżone. Zatem, jeżeli wykonawca nie został przez jednostkę zamawiającą wezwany do złożenia wyjaśnień kalkulacji ceny z powodu zaistnienia okoliczności powodujących, że jego cena może być rażąco niska, to nie następuje

odwrócenie *onus probandi*. Zgodnie z art. 190 ust. 1 p.z.p. to odwołujący – twierdzący, że cena konkurencji jest wadliwa – winien udowodnić swoje zarzuty.

Po drugie, odwołujący pominął, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., który stanowi, iż „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”, z uwagi na treść art. 90 ust. 1 p.z.p., określającego postępowanie wyjaśniające w przedmiocie sposobu kalkulacji ceny, powinno być dokonane w wyniku negatywnej oceny przez zamawiającego otrzymanych wyjaśnień dotyczących ceny oferty, gdyż istnienie rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy – tak jak każdej z przesłanek skutkującym odrzuceniem oferty – powinno być interpretowane w sposób ścisły i wymaga jednoznacznego, niebudzącego wątpliwości wykazania, że oferta jest wadliwa (tu: zawiera nierzetelną cenę, za którą nie da się w sposób zgodny z wymaganiami zamawiającego wykonać zamówienia i która wskazuje na zamiar realizacji umowy poniżej kosztów). Zatem odrzucenie oferty winno być poprzedzone właściwym postępowaniem wyjaśniającym i nie może tu być mowy o żadnym automatyzmie, więc odwołujący powinien zarzucić zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę, a nie podnosić, że cena jest rażąco niska. Ta wada odwołania znalazła odzwierciedlenie w jego treści, bowiem odwołujący poczynił własne założenia, stanowiące raczej subiektywne przekonanie strony o zaniżonej cenie w ofercie konkurencji, niż konkretne, kwantyfikowalne okoliczności związane z warunkami w jakich wykonawca Signum kalkulował cenę, a które chociaż w sposób luźny mogłyby wskazywać, że zaoferowana w ofercie Signum cena jest nierealna.

Do odwołania załączono oferty z internetu i oferty przeznaczone dla odwołującego, z których miało wynikać zniżenie ceny materiału przez wykonawcę Signum. Okolicznością notoryjną, a więc nie wymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na każdą cenę ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Tak jak zestawienie różnych cen nie może stanowić dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową – ponieważ różne podmioty, o różnej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, odmiennej siatce podwykonawców i innej specyfice pracy oraz doświadczeniu, uzyskają różne ceny ofertowe w zakresie oferowanego towaru. Nie świadczy to natomiast o oferowaniu ceny rażąco niskiej, a o prawidłowym funkcjonowaniu konkurencyjnej gospodarki rynkowej i zawsze w zbiorze podmiotów oferujących sprzedaż materiałów wystąpi pewna pula dostawców, którzy oferują produkty w wysokiej cenie. I pomimo, że odwołujący na rozprawie wskazał, że dowód z oferty handlowej Przedsiębiorstwa Inżynierii Drogowej „DROG-MOL” W. M. w Pyrzowicach to najniższa znaleziona przez niego cena, to należałoby to wykazać, samo zapewnienie nie wystarczy, bowiem Izba nie orzeka na podstawie zapewnień strony, jak również mogłaby to być najtańsza oferta, tylko że dostępna dla wykonawcy odwołującego. Ponadto, złożone oferty (korespondencja elektroniczna) i cenniki z internetu albo nie zostały spersonalizowane, albo

są skierowane do odwołującego i świadczą o warunkach gospodarczych posiadanych przez tego wykonawcę. Zaś wyciąg z bazy cenowej sekocenbudu wskazuje na średnią krajową, jest to symulacja zawierająca hipotetyczne dane i jest ona nieprzydatna dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Na rozprawie przedłożono także wycinek kosztorysu z 8 pozycjami, i pomijając już, że fragment dowodu nie stanowi prawidłowego środka dowodowego, a brak złożenia pełnego kosztorysu powoduje, że Izba odmówiła wiarygodności temu dokumentowi, to w odwołaniu należałoby wskazać okoliczności w których pozycjach kosztorysu wykonawcy Signum, czy w zakresie których materiałów, zdaniem odwołującego, doszło do zaniżenia kosztu (wykonawcy składali wraz z ofertą kosztorysy zawierające ponad 500 pozycji). Zgodnie bowiem z art. 180 ust. 3 p.z.p. odwołanie powinno wskazywać okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Dowodzenie w procesie przed Izbą należy utożsamiać z czynnościami strony, zmierzającymi do przekonania składu rozpoznającego spór o prawdziwości przedstawianych twierdzeń faktycznych, a nie do uzupełniania podstawowej treści odwołania. Odwołujący nie wskazał także na żadne okoliczności, które powodowałyby brak możliwości podania wszystkich okoliczności faktycznych – w tym wskazania w ramach których materiałów i pozycji kosztorysu cena Signum jest jego zdaniem rażąco niska – w terminie zawitym na wniesienie środka zaskarżenia.

Odwołujący podniósł również, że z odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wynika sprzeczność przyjętej stawki za roboczogodzinę w korelacji z kwotą wynagrodzenia wynikającą ze złożonej przez wykonawcę Signum umowy o pracę. Przy tym odwołujący nie zarzucał, że jest ona sprzeczna z powszechnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi minimalnego wynagrodzenia, czy że jest zaniżona z powodu mierzalnych, konkretnych i wycenionych okoliczności. Odwołujący upatrywał naruszenia prawa wskazując, że stawka w ofercie (R, robocizna) powinna być taka jak w umowie o pracę – 27,75 zł brutto, zatem cena jest rażąco niska. Umknęło uwadze odwołującego, że zgodnie z brzmieniem SIWZ zamawiający wymagał co najmniej 9 osób do realizacji zamówienia w ramach samego warunku udziału w przetargu, więc podnoszenie argumentacji na kanwie jednej, wybranej umowy o pracę, czyni założenie odwołującego bezpodstawnym. Jak również, o ile zamawiający w SIWZ nakazał zatrudnienie wskazanych w dokumentacji pracowników na podstawie stosunku pracy, to nie określono wymiaru etatu. Ponadto, odwołujący zdaje się mylić pojęcia. Jak wyjaśnił wykonawca Signum na str. 1 wyjaśnień z dnia 31 stycznia 2020 r., a co odwołujący pominął w odwołaniu, zaoferowana roboczogodzina jest jednostką miary wykonanej pracy. Jest to przeciętna ilość pracy, która powinna zostać wykonana przez jedną osobę podczas jednej godziny zegarowej. Na podstawie roboczogodziny ustala się plany, kosztorysy i harmonogramy pracy oraz na tej podstawie ustala się przybliżony termin ukończenia danego zadania. Stawka za roboczogodzinę według KNR nie jest stawką wynagrodzenia godzinowego, tylko elementem składowym kosztu pracy. Stawka płacowa

(wynagrodzenie personelu) wynika natomiast z umowy o pracę osób, które mają wykonać zadanie, a nie z iloczynu stawki roboczogodziny i czasu pracy.

W odwołaniu wskazano też, iż do stawki za roboczogodzinę należy wliczyć oprócz kosztów pracy, koszty dodatkowe, tj. koszty odzieży roboczej pracownika, koszty maszyn i urządzeń używanych przez pracownika, koszt samochodów używanych do transportu pracownika lub zwrot kosztów używania samochodu prywatnego dla celów służbowych, koszty dodatków za pracę nocną, czy za prace w dni wolne od pracy. Skład orzekający stwierdził, że ani nie wskazano, ile rzekomo zaniżone koszty miałyby wynosić, zatem bez skwantyfikowania, bądź choćby ogólnego przybliżenia o jaką wartość miałyby zostać zaniżone koszty, odwołanie posiada merytoryczny brak i sposób sformułowania zarzutu powoduje jego oddalenie. Jak również są to subiektywne założenia odwołującego, nie do końca zgodne z zasadami kosztorysowania, gdyż odwołujący próbował „przerzucić” do kosztu robocizny z KNR koszty pracy sprzętu.

Podsumowując, w ocenie Izby żadne ze wskazanych w odwołaniu okoliczności, nie są w stanie podważyć wysokości ceny zawartej w ofercie Signum. Odwołujący nie wykazał, że nosi ona przesłanki ceny rażąco niskiej i budzi wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zamówienia. Skład orzekający stwierdził również, że jej wysokość powoduje, że nie została wypełniona hipoteza art. 90 ust. 1a p.z.p. Natomiast, o ile art. 90 ust. 1 p.z.p. zawiera fakultatywne przesłanki do rozpoczęcia procedury wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób i na jakiej podstawie wyliczono cenę oferty, to ich zaistnienie powoduje obowiązek zamawiającego, którego zaniechanie może spowodować negatywne dla niego skutki. Argumentacja odwołania nie jest jednak w stanie spowodować, aby uznać za uzasadnione chociażby podejrzenie co do rzetelności ceny i rozpoczęcie jej weryfikacji. Izba stwierdziła, że nie wykazano, aby w przetargu doszło do wypełnienia przesłanek art. 90 ust. 1 p.z.p. Zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy Signum do złożenia wyjaśnień, a odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej. Odwołujący nie przedstawił jakichkolwiek stanowczych argumentów mogących świadczyć o naruszeniu prawa, co powoduje, że omawiany zarzut został przez Izbę oddalony.

Odwołujący powiązał okoliczności zarzutu nr 3 z *petitum* odwołana z zarzutem ewentualnym nr 3a, naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w przedmiocie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Signum z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, zatem także powiązany z nim zarzut ewentualny został przez skład orzekający oddalony.

Krótko uzupełnić wypada, że nie wykazano zaniżonych cen w ofercie wykonawcy Signum, więc nie doszło do sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia. Odwołujący poczynił własne, nieuprawnione założenia jak liczone cenę, co nie znalazło potwierdzenia w treści wyjaśnień z 31 stycznia 2020 r. W istocie całość przywołanych

okoliczności w tym zakresie stanowi spekulacje strony. W ocenie Izby *a priori* nie mogło zatem dojść do zarzucanego deliktu nieuczciwej konkurencji, skoro podnoszone przez odwołującego okoliczności są sprzeczne z ustalonym stanem rzeczy. Zarzut ten nie mógł doprowadzić do przyjęcia naruszenia prawa przez zamawiającego, ponieważ jest bezpodstawny, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 *petitum* odwołania – naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 w zw. z art. 22a ust. 6 pkt 1 p.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji dopuszczenie sytuacji, w której wykonawca Signum samodzielnie dokonuje niedopuszczalnej zmiany w treści oferty po upływie terminu składania ofert, jak również samodzielnie dokonuje zmiany podmiotu udostępniającego zasoby, pomimo braku takiej możliwości, co w konsekwencji winno prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p., ewentualnie, z ostrożności procesowej, do wezwania wykonawcy Signum do złożenia dokumentów podmiotowych pierwotnego podmiotu udostępniającego zasoby – skład orzekający stwierdził co następuje.

Z materiału procesowego wynika, że na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p. wykonawca Signum, pismem z dnia 21 lutego 2020 r., wskazał, że dokonuje zmiany podwykonawcy Przedsiębiorstwa-Produkccyjno-Handlowo-Usługowego „B.” Sp. J. w Rudzie Śląskiej (zgodnie z pkt 11 oferty, zakres zlecany temu podwykonawcy to oznakowanie pionowe i urządzenia BRD), na Eurovia Polska S.A. w Bielanych Wrocławskich. Wykonawca załączył do odpowiedzi na wezwanie stosowne dokumenty, dotyczące nowego podmiotu, które nie były przez odwołującego kwestionowane.

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący podniósł, że samodzielna zmiana podmiotu trzeciego jest niedozwolona i może do niej dojść wyłącznie na podstawie art. 22a ust. 6 p.z.p., na co wskazuje wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej jako „TSUE”) z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt. Zatem według odwołującego zmiana podwykonawcy powoduje niezgodność oferty z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w związku z dokonaniem niedopuszczalnej zmiany w ofercie (art. 87 ust. 1 p.z.p.)).

Izba wskazuje, że umknęło uwadze odwołującego, iż wyrok TSUE na który się powołano, dotyczy nieaktualnego stanu prawnego – został wydany na kanwie uchylonej dyrektywy, jak również nie mamy tutaj do czynienia z sytuacją, kiedy wykonawca zadeklarował w ofercie samodzielne spełnienie warunków udziału w przetargu, a później w toku postępowania chce wykazać się potencjałem podmiotu trzeciego. W ustalonym stanie rzeczy wykonawca zamienił wskazanego w ofercie podwykonawcę na innym podmiot. Zmiana takiego podmiotu jest dopuszczalna z mocy prawa – art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, implementowany do prawa krajowego jako art. 22a ust. 6 p.z.p. Skoro zatem ustawodawca *ex lege* dopuszcza zmianę w trym zakresie, bezpodstawne są

twierdzenia jakoby doszło do niezgodności oferty z ustawą, czy nieuprawnionej zmiany jej treści. Czym innym jest natomiast problem tzw. samouzupełnienia dokumentów i oświadczeń, bez czekania na wezwanie zamawiającego w tym zakresie, tym niemniej mając na uwadze, że odwołujący nie postawił oświadczeniom i dokumentom dotyczącym nowego podwykonawcy Eurovia Polska S.A. w Bielanach Wrocławskich żadnych zarzutów merytorycznych, zaś zamawiający ocenił je jako prawidłowe, dokonując wyboru oferty wykonawcy Signum jako najkorzystniejszej, a Izba również nie dopatrzyła się tutaj naruszenia prawa, które miałyby wpływ na wynik przetargu, zarzut dokonania niedopuszczalnej zmiany w treści oferty po upływie terminu na składanie ofert został przez skład orzekający oddalony.

W ustalonym stanie faktycznym nie ma podstaw także, aby na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. wezwać wykonawcę Signum do złożenia dokumentów dla Przedsiębiorstwa-Produkcyjno-Handlowo-Usługowego „B.” Sp. J. w Rudzie Śląskiej, gdyż zmiana podwykonawcy została dokonana zgodnie z możliwością wynikającą z ustawy p.z.p., zatem jest skuteczna.

W przedmiocie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p., poprzez jego niezastosowanie, a w konsekwencji niewykluczenie wykonawcy Signum z postępowania, pomimo faktu, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że wskazany w ofercie zakres podwykonawstwa realizowanego przez podmiot udostępniający zasoby (Saferoad Grawil Sp. z o.o. we Włocławku) nie potwierdza, że podmiot ten będzie realizował usługi, do których wymagane są zdolności techniczne udostępniane przez ten podmiot, czyli zarzutu nr 5 z *petitum* odwołania, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Na kanwie dokumentacji przetargu skład orzekający ustalił, że zgodnie z pkt 8.2.3.1. SIWZ wykonawca w celu wykazania zdolności zawodowej lub technicznej winien wykazać, że „w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub jest w trakcie wykonywania co najmniej dwie usługi o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł brutto każda, polegające na bieżącym utrzymaniu oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego dla miasta w którym liczba mieszkańców wynosi ponad 100 000 mieszkańców. W przypadku usług wykonywanych nadal wartość 1.000.000,00 zł brutto dotyczy części już zrealizowanej”. Z dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego wynika, że wykonawca Signum wskazał w swoim wykazie usług (wypełniony załącznik nr 4 do SIWZ) trzy usługi. Z czego jedna usługa (dla zamawiającego, pkt 3 wykazu) została wykonana przez Signum, zaś dwie pozostałe usługi (dla Miejskiego Zarządu Dróg w Płocku, pkt 1 i 2 wykazu) zostały wykonane przez Saferoad Grawil Sp. z o.o. we Włocławku (dalej jako „Saferoad”). Zgodnie z zobowiązaniem do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia Saferoad udostępnił wymagany

potencjał zgodnie z lit. c zobowiązania – o zakresie udziału przy wykonywaniu zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej. Natomiast w oparciu o treść pkt 11 oferty Signum, Izba ustaliła, że dla podwykonawcy Saferoad zostanie zlecony zakres dotyczący oznakowania poziomego.

W ustalonym stanie rzeczy trafne jest stanowisko odwołującego, że udostępniając zdolność zawodową w przedmiocie doświadczenia wykonania usługi utrzymania oznakowania pionowego, poziomego i urządzeń bezpieczeństwa, podwykonawca winien wykonać cały ten zakres, a nie tylko oznakowanie poziome. Zgodnie bowiem z art. 22a ust. 4 p.z.p. jeśli wykonawca chce powołać się na zasoby podmiotu trzeciego dotyczące doświadczenia, podmiot ten winien zrealizować usługę, do realizacji której udostępnianie zdolności są wymagane, a nie tylko jej część. Wobec zlecenia podwykonawcy Saferoad jedynie części usługi, wykonawca Signum nie wykazał spełnienia warunku udziału w przetargu. Prawidłowo zostało wykazane jedynie doświadczenie własne (pkt 3 wykazu), czego odwołujący nie kwestionował, zaś wobec braku zaangażowania podmiotu Saferoad w pełen zakres usługi, zarówno dla utrzymania oznakowania poziomego, jak i pionowego (co wynika z treści warunku udziału w postępowaniu) doświadczenie Saferoad nie potwierdza posiadania właściwego potencjału zawodowego, co do posiadania drugiej z niezbędnych usług, o charakterze określonym przez zamawiającego w SIWZ.

Izba nie zgodziła się natomiast z twierdzeniami odwołującego, jakoby powodowałyby to konieczność wykluczenia wykonawcy Signum z przetargu. Odwołujący pomija, że na zamawiającym spoczywają ustawowe obowiązki, kiedy wykonawca nie wykaże, że posiada właściwą zdolności podmiotową do udziału w przetargu. Zgodnie z dokumentacją postępowania nie wzywano wykonawcy Signum w tym zakresie. Zatem jednostka zamawiająca ma obligatoryjny nakaz wynikający z art. 26 ust. 3 p.z.p., aby w sytuacji, gdy złożone oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., tj. oświadczenia te są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wątpliwości, wezwać wykonawcę do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień w tym zakresie, co skład orzekający nakazał zamawiającemu w sentencji wyroku.

Na marginesie należy także zauważyć, że Izba nie znalazła podstaw do podzielenia sprzecznej z prawem „interpretacji” art. 22a ust. 6 p.z.p. dokonanej przez odwołującego. Norma ta stanowi o sytuacji szczególnej w stosunku do art. 26 ust. 3 p.z.p., który w sposób kompleksowy określa zasady wezwania do sanacji dokumentów i oświadczeń dotyczących m.in. warunków udziału w przetargu. Zaś art. 22a ust. 6 p.z.p. dotyczy sytuacji, gdy zasoby podmiotu trzeciego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (czy zachodzą wobec podmiotu trzeciego podstawy wykluczenia), wtedy to wykonawca może zastąpić ten podmiot innym podmiotem, lub podmiotami, bądź samodzielnie wykazać się wymaganym potencjałem. Zatem skoro nie potwierdzono spełnienia przez

wykonawcę warunków przetargu (co wprost wpisuje się w hipotezę art. 26 ust. 3 p.z.p., jak i hipotezę art. 22a ust. 6 p.z.p. wobec wykazywania zdolności za pomocą podmiotu trzeciego z oferty), to wykonawca ma również prawo do przykładowo dokonania zmiany tego podmiotu i nie będzie to stanowiło żadnej bezprawnej zmiany oferty, ponieważ jednokrotna zmiana podwykonawcy jest możliwa z mocy ustawy, właśnie na kanwie omawianej normy.

Konkludując, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 p.z.p., tym niemniej warunek udziału w przetargu, wobec nieprawidłowego zakresu podwykonawstwa Saferoad w ofercie, nie został prawidłowo wykazany w zakresie jednej usługi z pkt 8.2.3.1. SIWZ. Potwierdził się więc zarzut oznaczony nr 5a z *petitum* odwołania, który został przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględniony. Jak również zarzut nr 1, naruszenia art. 91 ust. 1 p.z.p., będący zarzutem akcesoryjnym dla pozostałych podniesionych w odwołaniu, wobec przedwczesnego wyboru oferty wykonawcy Signum jako oferty najkorzystniejszej, znalazł częściowe potwierdzenie i zasługiwał na uwzględnienie w zakresie nieprawidłowego wyniku przetargu.

Izba wskazuje dalej, iż oddaliła zarzut ewentualny – naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 3 p.z.p., wskazany w pkt 5b *petitum* odwołania, tj. braku wezwania podmiotu Saferoad do złożenia oświadczenia o niewydaniu wobec tego podmiotu wyroku skazującego w zakresie art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 p.z.p.

Skład orzekający wskazuje, że podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 5 i 6 p.z.p. dotyczy prawomocnego skazania osób fizycznych, odpowiednio wykonawcy (podmiotu trzeciego) będącego osobą fizyczną (art. 24 ust. 5 pkt 5 p.z.p.), a więc norma ta nie ma wcale zastosowania wobec Saferoad, będącej spółką z ograniczoną odpowiedzialnością. Zaś wykazanie niekaralności zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 6 p.z.p. dotyczy – w ramach mających zastosowanie dla Saferoad, zgodnie z odpisem KRS spółki – pięciu urzędujących członków zarządu, dla których przedstawiono informacje z Krajowego Rejestru Karnego zawierające informację co do niekaralności tych osób w zakresie określonym w art. 24 ust. 5 pkt 6 p.z.p. Zatem niezrozumiałym i bezpodstawnym byłoby wymaganie oświadczenia w tym zakresie „dla podmiotu” Saferoad. Trudno także podzielić twierdzenia odwołującego i za uprawnione uznać stanowisko strony, że warunki podmiotowe Saferoad w przedmiocie niepodlegania wykluczeniu na kanwie art. 24 ust. 5 pkt 6 p.z.p. nie zostały przez zamawiającego zweryfikowane.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty wykonawcy Signum jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis (15 000,00 zł) oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika, zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, w kwocie maksymalnej wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia (3600,00 zł), a także koszt dojazdu pełnomocnika odwołującego na posiedzenie i rozprawę, zgodnie ze złożonymi biletami (293,00 zł).

Przewodniczący:

.....