

Sygn. akt KIO 1282/18
KIO 1318/18
KIO 1321/18

WYROK
z dnia 23 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 i 18 lipca 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 28 czerwca 2018 r. przez **wykonawcę M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „DRÓG-POL” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R., ul. Zachodnia 30B lok. 6, 05-300 Mińsk Mazowiecki (KIO 1282/18)**
- B. w dniu 5 lipca 2018 r. przez **wykonawcę AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków (KIO 1318/18)**
- C. w dniu 5 lipca 2018 r. przez **wykonawcę FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (KIO 1321/18)**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i Altor Sp. z o.o. , ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1282/18 po stronie zamawiającego
- B. wykonawcy **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1318/18 po stronie

odwołującego

- C. wykonawcy **Planeta Sp. z o.o., ul. Zdziarska 21, 03-289 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1318/18 i KIO 1321/18 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołania wniesione przez wykonawcę M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „DRÓG-POL” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R. (sygn. akt KIO 1282/18) oraz przez wykonawcę FBSerwis S.A. (KIO 1321/18)**
2. **uwzględnia odwołanie wniesione przez AVR S.A. (KIO 1318/18) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert w Zadaniu 4 postępowania, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu 4, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert w Zadaniu 4, w tym wezwanie Planeta Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień w zakresie rodzaju prac, jakie podmiot ten wykonywał w ramach zamówienia „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego – węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady.”, w pozostałym zakresie zarzuty podniesione w odwołaniu Izba uznaje za niezasadne,**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „DRÓG-POL” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R., wykonawcę FBSerwis S.A. i Skarb Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie i:**
 - 3.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45 000 zł 00 gr (słownie: czterdzieści pięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:**
 - A. **kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „DRÓG-POL” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R., ul. Zachodnia 30B lok. 6, 05-300 Mińsk Mazowiecki tytułem wpisu od odwołania,**

- B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,
- C. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2 zasądza od **wykonawcy M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „DRÓG-POL” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R., ul. Zachodnia 30B lok. 6, 05-300 Mińsk Mazowiecki (KIO 1282/18)** na rzecz **Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3.3. zasądza od **Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** na rzecz **wykonawcy AVR S.A., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 1318/18),
- 3.4. zasądza od **wykonawcy FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa (KIO 1321/18)** na rzecz **Skarbu Państwa Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący :

Sygn. akt KIO 1282/18

KIO 1318/18

KIO 1321/18

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, prowadzącym postępowanie jest Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania (Rejony). Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 marca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 051-113005.

Sprawa o sygn. akt KIO 1282/18:

W dniu 28 czerwca 2018 r. wykonawca M.R. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą „DRÓG-POL” Roboty drogowe i remontowo-budowlane M.R. (dalej: „Odwołujący Dróg-Pol”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z ustawą Pzp czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i ALTOR Sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum PBDiM”) i niezgodnych z ustawą Pzp poprzedzających tę czynność zaniechań Zamawiającego w zadaniu 1 postępowania.

Odwołujący Dróg-Pol zarzucił Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności lub dopuszczając się zaniechań, naruszył w szczególności następujące przepisy:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, mimo że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 2) art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp poprzez zaniechanie zwrócenia się do Konsorcjum PBDiM o udzielenie wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę, pomimo obiektywnych przesłanek wskazujących, iż istotna część

składowa ceny oferty, tj. koszt miesięcznego wykonania prac o charakterze rutynowym drogi nr 2 (od km. 532+385 do km 561+124), 50, 62 i 92, wskazany w poz. 1 Formularza Z1.1 Kosztorysu ofertowego jest rażąco zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”).

Odwołujący Dróg-Pol zwrócił uwagę, że w świetle pkt 1 OPZ (Tom III SIWZ) „W ramach Umowy wykonawca będzie prowadził prace w zakresie utrzymania rutynowego i utrzymania strukturalnego. Prace z zakresu utrzymania rutynowego rozliczane będą co miesiąc w ramach miesięcznego (cyklicznego) wynagrodzenia (ryczałt). Prace w zakresie utrzymania strukturalnego rozliczane będą w ramach wystawianych przez Zamawiającego zleceń na wykonanie poszczególnych robót. Termin realizacji prac strukturalnych będzie każdorazowo określany w zleceniu.”. Zgodnie ze Słownikiem zawartym w OPZ (s. 67): utrzymanie rutynowe zostało zdefiniowane jako „prace utrzymaniowe w zakres, których wchodzi czynności zapewniające utrzymanie oczekiwanego stanu technicznego elementów, zakres i charakter tych prac szczegółowo określa niniejszy OPZ”, a utrzymanie strukturalne jako „prace utrzymaniowe wykraczające swym zakresem poza utrzymanie rutynowe”. Na s. 70 OPZ Zamawiający wskazał również, że „Utrzymanie strukturalne obejmuje wykonanie robót i usług z zakresu remontów nawierzchni oraz bieżącego i zimowego utrzymania dróg na podstawie odrębnych zleceń”. Odwołujący Dróg-Pol wskazał ponadto, że zgodnie z pkt 15.1. SIWZ „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Kosztorysy ofertowe oraz Kosztorys ofertowy - zestawienie zbiorcze, których wzór załączono do SIWZ (Tom IV)”. Jak podał Odwołujący Dróg-Pol, w Kosztorysach ofertowych wykonawca zobowiązany był określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich podanych i opisanych tam pozycji, a następnie wyliczyć wartości netto dla poszczególnych kosztorysów ofertowych i przenieść je do Kosztorysu ofertowego - zestawienie zbiorcze. Ustalona na podstawie Kosztorysu ofertowego - zestawienie zbiorcze wartość netto powiększona o podatek VAT stanowi cenę oferty oraz jednocześnie maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, określone w § 4 ust. 1 wzoru umowy. Jak wynika z § 3 ust 1 i 2 wzoru umowy, umowa zostanie zawarta na okres 48 miesięcy lub do dnia wyczerpania kwoty, o której mowa w § 4 ust. 1. w zależności od tego, która z tych okoliczności nastąpi pierwsza.

Odwołujący Dróg-Pol podał, że Kosztorys ofertowy - zestawienie zbiorcze (Formularz Z1.3) obejmuje wartości ustalone w następujących kosztorysach ofertowych:

1. Kosztorysie ofertowym: Prace o charakterze rutynowym - Formularz Z1.1;
2. Kosztorysie ofertowym: Prace o charakterze strukturalnym wykonywane na terenie Rejonu - Formularz Z1.2;
3. Kosztorysie ofertowym: Prace o charakterze strukturalnym wykonywane na terenie innych Rejonów - Formularz Z1.2a.

Odwołujący Dróg-Pol wskazał, że zestawienie tych wartości w Kosztorysie ofertowym - zestawienie zbiorcze w ofercie Konsorcjum PBDiM oraz Odwołującego Dróg-Pol, a także w kosztorysie inwestorskim przedstawia się następująco:

Kosztorys ofertowy - zestawienie zbiorcze Konsorcjum PBDiM:

Prace o charakterze rutynowym - Z1.1 – 24 932 759,04 zł

Prace o charakterze strukturalnym na terenie Rejonu - Z1.2 – 12 493 624,40 zł

Prace o charakterze strukturalnym na terenie innych Rejonów- Z1. 2a – 1 924 433,10 zł

Razem wartość netto (suma Z1.1, Z1.2, Z1.2a) – 39 350 816,45 zł

Kosztorys inwestorski - Zestawienie zbiorcze:

Prace o charakterze rutynowym - Z1.1 – 22 178 161,68 zł

Prace o charakterze strukturalnym na terenie Rejonu - Z1.2 – 16 567 395,05 zł

Prace o charakterze strukturalnym na terenie innych Rejonów- Z1. 2a – 2 698 370,08 zł

Razem wartość netto (suma Z1.1, Z1.2, Z1.2a) – 41 443 926,81 zł

Kosztorys ofertowy Odwołującego Dróg-Pol - Zestawienie zbiorcze:

Prace o charakterze rutynowym - Z1.1 – 23 932 000,00 zł

Prace o charakterze strukturalnym na terenie Rejonu - Z1.2 – 15 530 445,50 zł

Prace o charakterze strukturalnym na terenie innych Rejonów- Z1. 2a – 1 999 972,50 zł

Razem wartość netto (suma Z1.1, Z1.2, Z1.2a) – 41 462 418,00 zł.

Jak zauważył Odwołujący Dróg-Pol, Kosztorys ofertowy: Prace o charakterze rutynowym (Formularz Z1 .1) podzielony został na:

1. Poz. 1 - Prace o charakterze rutynowym drogi nr 2 (od km 532+385 do km 561 +124), 50, 62 i 92;
2. Poz. 2 - Prace o charakterze rutynowym, droga A2 od km 0+000 do km 19+286 wraz z węzłami;
3. Poz. 3 - Prace o charakterze rutynowym, droga nr 2 od km 495+744 do km 512+481, wraz z łącznikiem od ronda w Choszczówce Dębskiej do autostrady A2.

Zestawienie wartości w kosztorysie ofertowym Prace o charakterze rutynowym - w ofercie Konsorcjum PBDiM oraz Odwołującego Dróg-Pol, a także w kosztorysie inwestorskim przedstawia się następująco:

Kosztorys ofertowy - Prace o charakterze rutynowym Konsorcjum PBDiM:

Poz. 1 - Prace o charakterze rutynowym drogi nr 2 (od km 532+385 do km 561 + 124), 50, 62 i 92 – 186 228,72 zł

Poz. 2 - Prace o charakterze rutynowym, droga A2 od km 0+000 do km 19+286 wraz z węzłami – 312 433,20 zł

Poz. 3 - Prace o charakterze rutynowym, droga nr 2 od km 495+744 do km 512+481, wraz z łącznikiem od ronda w Choszczówce Dębskiej do autostrady A2 - 108 455,76 zł

Kosztorys inwestorski - Prace o charakterze rutynowym:

Poz. 1 - Prace o charakterze rutynowym drogi nr 2 (od km 532+385 do km 561 + 124), 50, 62 i 92 – 326 956,85 zł

Poz. 2 - Prace o charakterze rutynowym, droga A2 od km 0+000 do km 19+286 wraz z węzłami – 123 016,16 zł

Poz. 3 - Prace o charakterze rutynowym, droga nr 2 od km 495+744 do km 512+481, wraz z łącznikiem od ronda w Choszczówce Dębskiej do autostrady A2 - 57 101,42 zł

Kosztorys ofertowy - Prace o charakterze rutynowym Odwołujący Dróg-Pol:

Poz. 1 - Prace o charakterze rutynowym drogi nr 2 (od km 532+385 do km 561 + 124), 50, 62 i 92 – 364 000,00 zł

Poz. 2 - Prace o charakterze rutynowym, droga A2 od km 0+000 do km 19+286 wraz z węzłami – 130 000,00 zł

Poz. 3 - Prace o charakterze rutynowym, droga nr 2 od km 495+744 do km 512+481, wraz z łącznikiem od ronda w Choszczówce Dębskiej do autostrady A2 - 40 000,00 zł.

Uzasadniając zarzut złożenia przez Konsorcjum PBDiM oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący Dróg-Pol podniósł, że struktura ceny oferty Konsorcjum PBDiM wskazuje na skalkulowanie ceny w sposób pozwalający na uzyskanie przewagi nad pozostałymi wykonawcami, który jednak nie ma nic wspólnego z zasadami uczciwej konkurencji.

Odwołujący Dróg-Pol zwrócił uwagę, że Konsorcjum PBDiM w Kosztorysie ofertowym - Zestawienie zbiorcze (Formularz Z1.3) wyceniło wykonanie przedmiotowego zamówienia na łączną kwotę 39 350 816,45 zł netto powiększoną o podatek VAT. W kosztorysie inwestorskim określono tę wartość na 41 443 926,81 zł netto, w ofercie Odwołującego Dróg-Pol na 41 462 418,00 zł netto. Zatem łączna cena oferty Konsorcjum PBDiM jest o 2 111 601,55 zł niższa niż w ofercie Odwołującego Dróg-Pol, co przy uzyskaniu takiej samej liczby punktów w pozostałych kryteriach ofert przez obu wykonawców spowodowało, że oferta złożona przez Konsorcjum PBDiM została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący Dróg-Pol stwierdził jednak, że biorąc pod uwagę warunki rozliczeń oraz wymagania dotyczące wykonania niniejszego zamówienia, w szczególności terminy realizacji poszczególnych prac oraz przyszłe rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy o utrzymanie dróg oddanych do użytku w trakcie okresu obowiązywania umowy, wybór tej oferty doprowadzi do poniesienia znacznie wyższych kosztów przez Zamawiającego, co narazi Skarb Państwa na znaczną szkodę. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, złożenie tak skalkulowanej oferty nakierowane jest na wyeliminowanie z rynku Odwołującego, który skalkulował ofertę w sposób rzetelny, realny i adekwatny do wymagań określonych dla prac objętych poszczególnymi pozycjami kosztorysu, bez narażania Zamawiającego na poniesienie wyższych kosztów. Takie działanie, w ocenie Odwołującego Dróg-Pol, ewidentnie narusza dobre obyczaje, interes klienta, jakim jest w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający, a także nastawione jest na eliminację z rynku Odwołującego.

Odwołujący Dróg-Pol wskazał, że z Kosztorysu ofertowego - Prace o charakterze rutynowym (Formularz Z1.1) wynika, że wskazana w poz. 1 wartość miesięcznego ryczału za wykonanie prac o charakterze rutynowym dotyczących utrzymania dróg, została przez Konsorcjum PBDiM zaniżona w takim stopniu, że nie jest w tej cenie możliwe należyte wykonanie tych prac. W tym zakresie Konsorcjum PBDiM zaoferowało wykonanie usługi poniżej kosztów jej świadczenia. Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący Dróg-Pol, z Kosztorysu ofertowego - Zestawienie zbiorcze (Formularz Z1.3) wynika, że koszt prac

o charakterze strukturalnym wykonywanych na zlecenie na terenie Rejonu został znacznie zaniżony (wynosi 12 493 624,40 zł netto, a wartość tych prac w kosztorysie inwestorskim została wyceniona na 16 567 395,05 zł netto). Prace te będą rozliczane w ramach wystawianych przez Zamawiającego zleceń na wykonanie poszczególnych robót, niezależnie od miesięcznego ryczału obejmującego wykonywanie prac o charakterze rutynowym. Zaniżenie te zostało, zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, „zrekompensowane” kosztami przyjętymi w Kosztorysie ofertowym - Prace rutynowe w poz. 2, w której wykonawcy zobowiązani byli do wyliczenia miesięcznego ryczału za prace o charakterze rutynowym dotyczące utrzymania autostrad oraz w poz. 3, w której wykonawcy zobowiązani byli do wyliczenia miesięcznego ryczału za prace o charakterze rutynowym dotyczące utrzymania drogi kategorii 1.

Odwołujący Dróg-Pol stwierdził, że w poz. 2 i 3 Konsorcjum PBDiM zaoferowało wartości drastycznie (niemal lub ponad dwukrotnie) wyższe niż przewidziane w Kosztorysie inwestorskim oraz w ofercie Odwołującego. Wartości te, w ocenie Odwołującego Dróg-Pol, zostały określone w oderwaniu od rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia we wskazanym w tych pozycjach zakresie. Odwołujący Dróg-Pol przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z 13.01.2012 r., KIO 2787/11; wyrok z 26.09.2012 r., KIO 1934/12; wyrok z 05.04.2011 r., KIO 640/11) wywodząc z ich treści, że nie jest dopuszczalne pokrywanie niedoszacowanych kosztowo poszczególnych pozycji Kosztorysu ofertowego, które stanowią koszt dającego się wyodrębnić, samodzielne zobowiązania wykonawcy, z zawyżonych kosztów w innych pozycjach Kosztorysu. Odwołujący Dróg-Pol wskazał, że zakaz ten nabiera szczególnego znaczenia w takich przypadkach, jak w niniejszym postępowaniu, kiedy wysokość stałego miesięcznego wynagrodzenia za utrzymanie rutynowe, wskazana w poz. 1 Kosztorysu, stanowi nie tylko istotny, ale w zasadzie podstawowy element wynagrodzenia wykonawcy. Kwota wskazana w poz. 1 Kosztorysu ofertowego - Prace o charakterze rutynowym (Formularz Z1.1) z pewnością nie pokrywa wszystkich kosztów związanych z prawidłową i zgodną z wymaganiami zawartymi w SIWZ (w szczególności w OPZ), realizacją prac określonych w tej pozycji. Jednocześnie kwoty w poz. 2 i 3 są rażąco zawyżone. Jedynym uzasadnieniem, zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, niedającym się jednak pogodzić z zasadą uczciwej konkurencji w postępowaniu, są przewidziane przez Zamawiającego warunki realizacji umowy oraz zasady dokonywania rozliczeń.

Odwołujący Dróg-Pol wskazał na nieuczciwe wykorzystanie przez Konsorcjum PBDiM przewidzianych przez Zamawiającego okresów świadczenia prac rutynowych

określonych w poszczególnych pozycjach Kosztorysu ofertowego (Formularz Z1.1), za które przysługuje miesięczne ryczałtowe wynagrodzenie. Jak podał Odwołujący Dróg-Pol, prace określone w poz. 1 planowane są do wykonania w całym okresie realizacji umowy (48 miesięcy), natomiast prace określone w poz. 2 i 3 będą - zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego, zamieszczonym pod tabelą w Formularzu Z1.1 - wykonywane w okresie 38 miesięcy. Jednocześnie, Zamawiający wprost wskazał, że przewidywany termin rozpoczęcia utrzymania autostrady A2 (poz. 2 Kosztorysu) to kwiecień 2019 r., a w momencie rozpoczęcia utrzymania tego odcinka drogi wynagrodzeniem wykonawcy będzie suma wartości pozycji 1 i 2 oraz ewentualnie pozycji 3. Tożsame zastrzeżenie znalazło się w stosunku do poz. 3: „Przewidywany termin rozpoczęcia utrzymania tego odcinka drogi nr 2 to kwiecień 2019 r. W momencie rozpoczęcia utrzymania tego odcinka drogi wynagrodzeniem Wykonawcy będzie suma wartości pozycji 1 i 3 oraz ewentualnie pozycji 2”. Odwołujący Dróg-Pol zaznaczył, że po upływie pierwszych 10 miesięcy, w których świadczona będzie jedynie usługa utrzymania drogi określonej w poz. 1 Formularza Z1.1. przez kolejne 38 miesięcy miesięczny koszt ponoszony przez Zamawiającego za utrzymanie dróg, określonych we wszystkich trzech pozycjach, będzie wyższy o 73 117.68 zł netto niż w przypadku wyboru oferty Odwołującego Dróg-Pol. Biorąc natomiast pod uwagę cały okres wykonywania umowy Zamawiający poniesie wyższe koszty aż o 1 000 759.04 zł netto niż w przypadku wyboru oferty Odwołującego Dróg-Pol. Różnicę tę obrazuje, jak zauważył Odwołujący Dróg-Pol, również wyliczenie kosztu utrzymania w okresie 1 miesiąca przez Konsorcjum PBDiM 1 km poszczególnych dróg, określonych w poz. 1-3, w stosunku do kosztu utrzymania 1 km tych dróg wynikającego z kosztorysu Odwołującego. Odwołujący Dróg-Pol wskazał, że poz. 1 koszt utrzymania 1 km drogi przez Odwołującego Dróg-Pol jest co prawda o 1 247,52 zł netto wyższy niż koszt utrzymania 1 km tej drogi przez Konsorcjum PBDiM, ale w poz. 2 koszt utrzymania 1 km drogi przez Konsorcjum PBDiM jest już wyższy o 9 459.36 zł netto w stosunku do kosztu utrzymania 1 km tej drogi przez Odwołującego, a w poz. 3 koszt Konsorcjum PBDiM jest wyższy o 4 090.09 zł netto od kosztu utrzymania 1 km drogi przez Odwołującego, co zostało zobrazowane w tabeli 3 (w załączeniu).

Odwołujący Dróg-Pol zwrócił też uwagę, że poz. 1 i 3 dotyczą utrzymania tej samej drogi - drogi nr 2 (jedynie na innych odcinkach), wobec czego koszt utrzymania 1 km i odpowiednio inne koszty powinny być zbliżone (jak w ofercie Odwołującego i tak, jak to założono w Kosztorysie inwestorskim). W ocenie Odwołującego Dróg-Pol, tak znaczące różnice kosztów Konsorcjum PBDiM w poz. 1 i 3 Kosztorysu są niczym nieuzasadnione.

Odwołujący Dróg-Pol wskazał również, że w celu uelastyczenia sposobu wykonywania umowy oraz zabezpieczenia uzasadnionych potrzeb, które wystąpią podczas realizacji umowy, Zamawiający zastrzegł (Zmiana Treści SIWZ nr 3 dot. OPZ - pkt 1 Zakres utrzymania z dnia 27 kwietnia 2018 r.) prawo zlecenia za dodatkowym wynagrodzeniem prac wskazanych w OPZ „w przypadku oddania do użytkowania w okresie obowiązywania umowy kolejnych odcinków dróg, wymienionych w załączniku nr 1 do OPZ, lub nowych odcinków dróg bądź przejęcia w zarządzanie przez GDDKiA innych niż wskazane w zestawieniach (zał, nr 1 do OPZ) odcinków dróg publicznych (z wszystkimi ich elementami).” Kwota, o jaką wzrośnie wynagrodzenie, będzie wówczas ustalana z zastosowaniem wzoru przyjętego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 27 kwietnia 2018 r. - Zmiana Treści SIWZ nr 3 dot. OPZ - pkt 1 Zakres utrzymania. We wzorze tym brane jest pod uwagę wynagrodzenie miesięczne netto wg Kosztorysu ofertowego za rutynowe utrzymanie wszystkich odcinków dróg odpowiedniej klasy. Poza wskazanymi w Kosztorysach ofertowych do wyceny długościami odcinków dróg i ich kategoriami, Zamawiający przewidział zatem zlecenie w ramach tej umowy do utrzymania dodatkowych odcinków dróg (za dodatkowym wynagrodzeniem), co biorąc pod uwagę okres, na jaki planowane jest zawarcie umowy, a także budowę nowych odcinków dróg w Rejonie w Mińsku Mazowieckim, będzie miało miejsce i z czym wszyscy wykonawcy wobec tak ukształtowanych postanowień dotyczących rozliczania umowy powinni się liczyć. Odwołujący Dróg-Pol stwierdził, że powszechnie znaną w branży okolicznością jest to, że w okresie obowiązywania umowy w rejonie Mińsk Mazowiecki planowane jest oddanie do użytkowania nowego odcinka autostrady w dniu 24 czerwca 2020 r.

Odwołujący Dróg-Pol podkreślił, że ceny jednostkowe w ofercie Konsorcjum PBDiM w utrzymaniu w okresie 1 miesiąca 1 km dróg wskazanych w poz. 2 i 3 kosztorysu są ponad dwukrotnie wyższe niż te oferowane przez Odwołującego Dróg-Pol, które jednocześnie są realistyczne, wyliczone rzetelnie i zbliżone do wskazań kosztorysu inwestorskiego. W rezultacie - w przypadku zlecenia wykonawcy prac utrzymaniowych na oddanych do użytkowania lub przejętych w zarządzanie przez GDDKiA w okresie obowiązywania umowy nowych odcinków dróg - dodatkowe wynagrodzenie, do zapłaty którego Zamawiający byłby zobowiązany, byłoby radykalnie wyższe niż wynikałoby to z rzeczywistej wartości tych prac (rozliczane będzie według kosztu utrzymania autostrady, czyli poz. 2 Kosztorysu ofertowego Prace rutynowe).

Zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, powyższe wyliczenia w sposób ewidentny świadczą o zastosowaniu przez Konsorcjum PBDiM niedopuszczalnej „inżynierii cenowej” i

działaniu na szkodę Zamawiającego poprzez rażące, nieuzasadnione rynkowo, technicznie ani wymogami przyjętymi w postępowaniu, wygórowanie kosztów w 2 i 3 pozycji kosztorysu, przy jednoczesnym rażącym i niczym nieuzasadnionym zniżeniu kosztów w poz. 1 w stopniu wskazującym na świadczenie dającej się wyodrębnić usługi określonej w poz. 1 Kosztorysu ofertowego poniżej kosztów jej świadczenia. Jednocześnie, łączny koszt prac o charakterze strukturalnym wykonywanych na terenie Rejonu w ramach zleceń Zamawiającego, których częstotliwości nie da się przewidzieć został również w sposób nieuzasadniony zniżony. Odwołujący Dróg-Pol stwierdził, że oferta została tak skalkulowana, że pomimo, iż zawiera ona najniższą cenę, to na etapie realizacji zamówienia Zamawiający faktycznie poniesie znacznie wyższe koszty. Wykorzystano przy tym w złej wierze i wbrew dobrym obyczajom przewidziany elastyczny sposób zlecenia przez Zamawiającego poszczególnych czynności mieszczących się w przedmiocie zamówienia i w konsekwencji dokonywania rozliczeń z wykonawcą. Opisane działanie narusza, w opinii Odwołującego Dróg-Pol, dobre obyczaje, interes Zamawiającego (a tym samym Skarbu Państwa), a także nastawione jest na eliminację z rynku konkurencji w tym Odwołującego Dróg-Pol, odpowiada zatem wskazanej wyżej definicji czynu nieuczciwej konkurencji. Uznanie, że opisane wyżej działanie nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji prowadziłoby do wynaturzeń pozbawiających sensu ekonomicznego cały system zamówień publicznych.

Wyprzedzając niejako ewentualną argumentację Konsorcjum PBDiM Odwołujący Dróg-Pol podkreślił, że bez znaczenia pozostaje okoliczność, że Zamawiający nie zabronił wyraźnie przerzucania kosztów między pozycjami kosztorysów ofertowych. W tym zakresie Odwołujący Dróg-Pol powołał się na pogląd wyrażony przez KIO w wyroku z 4.08.2015 r. (sygn. akt KIO 1556/15), przyjmując go za własny. Odwołujący Dróg-Pol przywołał też pogląd wyrażony w wyroku z 24.09.2014 r. (sygn. akt KIO 1844/14), gdzie wskazano, że z uwagi na to, że to ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę do obliczenia ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, każda z tych cen powinna zostać obliczona w sposób realny, rynkowy. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, analizowanie zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu cen jednostkowych pod kątem rażąco niskiej ceny jest w pełni uprawnione. Odwołujący Dróg-Pol podkreślił, że przerzucanie kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi podstawą wypłaty wynagrodzenia w ten sposób, iż koszty realnie ponoszone w części pozycji przenoszone są do innych pozycji najczęściej wykonywanych w toku realizacji zamówienia jest działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami i narusza interes zamawiającego.

Dodatkowo, Odwołujący Dróg-Pol wskazał na pogląd wyrażony w wyroku KIO z 14.01.2015 r. (sygn. akt KIO 2734/14), w którym Izba podtrzymała swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, określonego w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, praktyki kształtowania w ofercie cen jednostkowych w oderwaniu od jakiegokolwiek uzasadnienia rynkowego zasługującego na aprobatę, wyłącznie w celu „optymalizacji” całkowitej ceny oferty i pozyskania zamówienia. W konsekwencji Izba uznała, że tak skalkulowana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Podobnie, w wyroku z 28.06.2017 r. (sygn. akt KIO 1123/17) Izba oceniła, że ustalenie odrębnie ocenianych w SIWZ cen na poziomie który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek kosztów, [...] narusza dobre obyczaje kupieckie” i jako czyn nieuczciwej konkurencji nie zasługuje na ochronę.

Uzasadniając zarzut dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum PBDiM do złożenia wyjaśnień Odwołujący Dróg-Pol wskazał na rażące zaniżenie istotnej części składowej ceny w ofercie Konsorcjum PBDiM argumentując jak poniżej:

Odnosząc się do wyceny pozycji 1 Kosztorysu ofertowego - Prace rutynowe jako istotnej część składowej ceny oferty Odwołujący Dróg-Pol stwierdził, że ze złożonego przez PBDiM Kosztorysu ofertowego - Prace o charakterze rutynowym (Formularz Z1.1) wynika, że wskazana w poz. 1 wartość miesięcznego ryczałtu za wykonanie prac o charakterze rutynowym, dotyczących utrzymania drogi nr 2 (od km. 532+385 do km 561 + 124), 50, 62 i 92, została rażąco zaniżona. Odwołujący Dróg-Pol wskazał, że pozycja ta stanowi istotną część składową całej oferty z uwagi na przyjęty sposób wyceny przedmiotowego zamówienia oraz sposób dokonywania rozliczeń z wykonawcami. Jak wskazano powyżej, pozycja ta została wydzielona do odrębnej wyceny w Kosztorysie ofertowym - Prace rutynowe i wraz z poz. 2 i 3 będzie stanowić o wysokości ryczałtowego miesięcznego wynagrodzenia wykonawcy realizującego umowę. Powyższe jest, zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, wystarczające dla uznania, że wartości określone w pozycji 1 powiększone o podatek VAT powinny być traktowane jako istotna część składowa cen ofert.

Odwołujący Dróg-Pol ponownie zaznaczył, że pozycje 1 i 3 Kosztorysu ofertowego - Prace rutynowe dotyczą utrzymania drogi nr 2 (jedynie na innych odcinkach), zatem koszt utrzymania 1 km i odpowiednio inne koszty powinny być zbliżone (jak w ofercie Odwołującego i tak, jak to założono w Kosztorysie inwestorskim). Tak znaczące różnice kosztów Konsorcjum PBDiM w poz. 1 i 3 Kosztorysu są, w opinii Odwołującego Dróg-Pol,

niczym nieuzasadnione i jako takie już świadczą o braku możliwości należytego wykonania prac określonych w poz. 1.

Odwołujący Dróg-Pol zwrócił również uwagę na okoliczności uzasadniające wezwanie Konsorcjum PBDiM do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie poz. 1 Kosztorysu ofertowego - Prace rutynowe. Jak zauważył Odwołujący Dróg-Pol, wartość netto wskazana przez Konsorcjum PBDiM w poz. 1 jest prawie dwukrotnie niższa od wartości wyliczonej przez Odwołującego oraz trzeciego wykonawcę - Planmarine, które to wartości są zbliżone do przyjętej w kosztorysie inwestorskim (Konsorcjum PBDiM - 186 228,72 zł netto, Odwołujący Dróg- Pol - 364 000,00 zł netto, Planmarine Sp. z o.o. - 348 000,00 zł netto, Kosztorys inwestorski - 326 956,85 zł netto). Wartość wskazana w poz. 1 Formularza Z1.1 w ofercie Konsorcjum PBDiM jest o 43% niższa od wartości wynikającej z Kosztorysu inwestorskiego oraz o 37% niższa od średniej arytmetycznej wartości wskazanych w poz. 1 we wszystkich ofertach przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w zadaniu 1. Jednocześnie, te rozbieżności nie wynikają z okoliczności oczywistych, niewymagających wyjaśnienia ani z istotnej zmiany cen rynkowych, uzasadniającej ewentualną korektę Kosztorysu inwestorskiego i tym samym szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia. Odwołujący Dróg-Pol podkreślił, że wartość wykonania prac określonych w poz. 1 Kosztorysu ofertowego w ofercie Konsorcjum PBDiM została zaniżona w takim stopniu, że nie jest w tej cenie (tj. wartości netto powiększonej o podatek VAT) możliwe należyte wykonanie prac objętych tą pozycją bez ponoszenia strat lub pokrywania kosztów z innych pozycji cenotwórczych.

Odwołujący Dróg-Pol podał również, że czynności wchodzące w zakres prac o charakterze rutynowym zostały szczegółowo opisane w OPZ (Tom III SIWZ). Należą do nich m.in.: usuwanie z drogi martwych zwierząt, sprzątnięcie śmieci z pasa drogowego (w tym gałęzi i skoszonej trawy), utrzymanie poboczy i zieleni przydrożnej (w tym koszenie traw i chwastów oraz przycinanie drzew i krzewów), zimowe utrzymanie dróg (łącznie z kosztami soli i piasku do posypywania) czy patrolowanie dróg zgodnie z wymogami OPZ. Wykonawca zobowiązany jest również do udostępnienia Zamawiającemu jednego samochodu osobowego z limitem 10 000 km/miesiąc, wymagania co do którego określono w załączniku nr 3 do OPZ. Ponadto, zobowiązany jest w ramach miesięcznego wynagrodzenia doprowadzić wybrane elementy drogi do wymaganego stanu technicznego, wskazanego w załączniku nr 2 do OPZ, a w celu przygotowania oferty powinien przyjąć, że na dzień wejścia umowy w życie doprowadzeniem do standardu należy objąć 10% asortymentu podlegającego utrzymaniu rutynowemu, co wynika z pkt 1.5. OPZ (s. 74 SIWZ) i znacząco

zwiększa koszty. W cenę oferty należało zatem w kalkulować wszystkie koszty związane z realizacją umowy, czego, zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, w odniesieniu do prac o charakterze rutynowym w poz. 1 Kosztorysu ofertowego wykonawca Konsorcjum PBDiM ewidentnie nie uczynił. Zdaniem Odwołującego Dróg-Pol, już dołączone do odwołania wyliczenie najważniejszych, oczywistych kosztów, ponoszonych obiektywnie przez każdego wykonawcę realizującego umowę w zakresie poz. 1 Kosztorysu ofertowego - Prace rutynowe, z uwzględnieniem podstawowych wymagań określonych w OPZ, oparte na minimalnych, w zasadzie już zaniżonych cenach, wskazuje, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia, w kwestionowanym zakresie w ramach tak niskiego miesięcznego ryczałtu.

W ocenie Odwołującego Dróg-Pol, o zaniżeniu przez Konsorcjum PBDiM kosztu prac w poz. 1 Kosztorysu ofertowego - Prace rutynowe w przedmiotowym postępowaniu świadczą również koszty wskazywane w kosztorysach składanych w ramach wcześniejszego, unieważnionego w niektórych częściach postępowania na utrzymanie tożsamej drogi, wskazanej w poz. 1 Kosztorysu oraz innych odcinków dróg, prowadzonego przez tego samego Zamawiającego (przetarg GDDKiA.O.WA,D-3.24131.2017., ogłoszenie o zamówieniu w Dz.U. UE pod numerem 2017/S 121-245107).

Odwołujący Dróg-Pol zwrócił uwagę, że w załączniku do odwołania podzielono zaoferowane wówczas kwoty netto miesięcznego utrzymania poszczególnych odcinków dróg przez ich długość, by przedstawić je w przeliczeniu na 1 kilometr i porównać z analogiczną kwotą netto zaoferowaną przez PBDiM w przedmiotowym postępowaniu, tj. 1 339,78 zł netto (wartość ta wynika z załączonej do odwołania Tabeli 3). Z przedstawionego zestawienia kosztów netto utrzymania 1 km tej samej drogi (tj. w Zadaniu 4 Mińsk Mazowiecki) lub dróg porównywalnych, o tym samym standardzie utrzymania (pozostałe zadania), oferowanych przez innych wykonawców w poprzednim postępowaniu wynika, że żaden z wykonawców w zakresie jakiegokolwiek zadania nie wycenił tych kosztów na tak niskim poziomie. W pewnym uproszczeniu podsumowując to zestawienie - koszt utrzymania 1 km drogi jest dwukrotnie i więcej wyższy niż koszt utrzymania 1 km drogi wynikający z wartości netto określonej w poz. 1 przez Konsorcjum PBDiM. Szczególnie Odwołujący Dróg-Pol zwrócił uwagę na Zadanie 4 (Mińsk Mazowiecki), a także zadanie 11 (Przasnysz), w którym ofertę złożyło Konsorcjum PBDiM w tym samym składzie, jak w niniejszym postępowaniu. Z zaoferowanej wówczas przez to samo Konsorcjum ceny wynika, że koszt netto utrzymania 1 km drogi (tj. 2 859,00 zł netto) jest ponad dwukrotnie wyższy niż koszt zaoferowany w przedmiotowym postępowaniu (1 339,78 zł netto). Również w zakresie zadania 5 (Mława)

wykonawca PBDiM (samodzielnie) złożył ofertę z kosztem netto utrzymania 1 km drogi (tj. 2924,00 zł netto) ponad dwukrotnie wyższym niż koszt zaoferowany w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący Dróg-Pol stwierdził, że wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie jej istotnej części składowej jest konieczne i uzasadnione. Jednocześnie Odwołujący Dróg-Pol zaznaczył, że fakt złożenia oferty z rażąco niską ceną nie przekłada się wprost na popełnienie lub niepopelnienie czynu nieuczciwej konkurencji. Ustawodawca w art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp wskazał odrębne przesłanki odrzucenia oferty, zatem wypełnienie każdej z nich jest samodzielną podstawą do odrzucenia oferty, niezależnie od realizacji pozostałych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem czynności wskazanych w odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez Zamawiającego a w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego Dróg-Pol.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiło po stronie Zamawiającego Konsorcjum PBDiM.

Sprawa o sygn. akt KIO 1318/18:

W dniu 5 lipca 2018 r. wykonawca AVR S.A. (dalej: „Odwołujący AVR”) wniósł odwołanie od niezgodnych z prawem czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu 4 postępowania oferty złożonej przez Planeta Sp. z o.o.,
- zaniechaniu odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Planeta Sp. z o.o. pomimo, iż wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy,
- zaniechaniu wykluczenia przez Zamawiającego Planeta Sp. z o.o. pomimo tego, iż wykonawca ten nie potwierdził spełniania warunku określonego w Rozdziale 7 pkt 7.2.3a SIWZ,

- zaniechaniu uznania oferty wykluczonej za odrzuconą, alternatywnie - zaniechania wezwania Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązań „podmiotów trzecich” w sytuacji, gdy te nie potwierdzały realności dysponowania wykazywanymi przez wykonawcę zasobami,
- zaniechania wezwania Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści „Wykazu sprzętu”,
- zaniechania wezwania Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści „Wykazu usług” w zakresie dotyczącym ustalenia czy wykonawca faktycznie samodzielnie wykonywał zadeklarowane prace w ramach wykazanej usługi.

W związku z powyższym, Odwołujący AVR zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegający na dokonaniu - z naruszeniem przepisów ustawy Pzp - wyboru jako najkorzystniejszej oferty Planeta Sp. z o.o., co skutkuje naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady legalizmu;
- art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 1 i 6 pkt 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Planeta Sp. z o.o., pomimo iż wniósł on w sposób nieprawidłowy wadium zabezpieczające jego ofertę,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Planeta Sp. z o.o., pomimo iż wykonawca ten składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3.a SIWZ;

gdyby Izba uznała, iż zarzuty powyższe nie zasługują na uwzględnienie Odwołujący AVR zarzucił ponadto naruszenie:

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 25a ust. 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wezwania Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązań „podmiotów trzecich” przedłożonych wraz z ofertą na potwierdzenie spełniania warunku określonego w Tomie I Rozdziale 1 SIWZ pkt 7.2.3 c SIWZ w sytuacji, gdy z dokumentów tych nie wynika „realność” dysponowania zasobami wskazanymi w „Wykazie sprzętu” złożonego Zamawiającemu w dniu 7 czerwca 2018 r., co w konsekwencji doprowadziło do uznania przez Zamawiającego - w oparciu o oświadczenia JEDZ i wskazane „zobowiązania”, iż nastąpiło wstępne potwierdzenie warunków pozytywnych - w tym tych z pkt 7.2.3 c SIWZ,

- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu przez Zamawiającego wyjaśnienia treści złożonego przez wykonawcę w dniu 7 czerwca 2018 r. „Wykazu sprzętu” pomimo, iż z treści przedłożonego wykazu nie wynikało potwierdzenie spełniania warunku z pkt 7.2.3 c SIWZ w zakresie niektórych pozycji tego „Wykazu”

- art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu wyjaśnienia przez Zamawiającego okoliczności czy Planeta Sp. z o.o. samodzielnie wykonała wszystkie prace zadeklarowane w „Wykazie usług”.

Odwołujący AVR argumentował w następujący sposób:

I. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący AVR stwierdził, że przedmiotowy zarzut, oparty o naczelne zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę legalizmu) jest niewątpliwie zarzutem wynikowym. Nie ulega bowiem wątpliwości, o naruszeniu zasad ogólnych z art. 7 ustawy Pzp można mówić w sytuacji potwierdzenia się innych zarzutów wskazanych w odwołaniu, a więc naruszenia konkretnych norm prawnych regulujących przedmiotowe postępowanie.

Odwołujący AVR wskazał, że zasada równego traktowania wykonawców, zabraniająca Zamawiającemu preferowania lub dyskryminacji któregokolwiek z wykonawców, gwarantuje wykonawcom równe szanse w dostępie do informacji o zamówieniu i w uzyskaniu zamówienia oraz przeciwdziała wykorzystywaniu pozycji monopolistycznych przez któregokolwiek z wykonawców. Odwołujący przywołał orzeczenie KIO, w którym stwierdzono, że: „Obowiązek równego traktowania oznacza również, by wszystkie wymagania, które zamawiający bierze pod uwagę na etapie badania oraz oceny złożonych ofert, były znane wykonawcom w chwili przygotowywania ofert i dotrzymywane w trakcie prowadzenia postępowania. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji stanowi bowiem fundament nie tylko krajowego, ale również europejskiego systemu zamówień publicznych” (wyrok KIO z 12.09.2011 r., sygn. akt KIO 1886/11). Z kolei, jak podał Odwołujący AVR, zgodnie z wyrażoną w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zasadą legalizmu, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Tym samym, norma ta znajduje zastosowanie w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Zdaniem Odwołującego AVR, biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego podniesioną w odwołaniu, w szczególności treść zarzutów kolejnych, nie ulega wątpliwości, iż zarzut ten winien być również uwzględniony.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust. 1 i 6 pkt 4 ustawy Pzp

Jak wynika z postanowień SIWZ postępowania „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie w podziale na 4 zadania (Rejony) - Zadanie 4 Rejon Zwoleń" oraz ustawy Pzp, składaną ofertę należało zabezpieczyć wadium w jednej z form wskazanych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący AVR wskazał, że Planeta Sp. z o.o. do swojej oferty załączyła oryginał gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 02GG37/0092/18/0040 z dnia 17 kwietnia 2018 r. oraz aneks nr 1 do tej gwarancji ubezpieczeniowej z dnia 16 maja 2018 r. Oba dokumenty zostały wystawione przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group. Odwołujący AVR przypomniał, że stosownie do postanowień SIWZ (str. 19): „Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu - dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione”. Odwołujący AVR zaznaczył też, że intencją Zamawiającego było - jak w każdym z tego typu przypadków - właściwe zabezpieczenie się przed sytuacją, w której konieczne byłoby dochodzenie roszczenia.

Odwołujący AVR przywołał również poglądy wyrażone w orzecznictwie i doktrynie: „Gwarancja przedkładana jako wadium w postępowaniu o zamówienie publiczne musi mieć zatem postać gwarancji bezwarunkowej, tj. gwarancji na pierwsze żądanie. Jeżeli gwarant uzależni zapłatę sumy gwarancyjnej od dokonania czynności sprawdzających, które mają wykazać zasadność żądania beneficjenta (zamawiającego), to takie żądanie nie odpowiadałoby wymogom co do jej bezwarunkowości” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - J.E. Nowicki, Wolters Kluwer, 2018 Warszawa.). „Istotne jest zamieszczenie w umowie gwarancji (dokumencie stanowiącym gwarancję wadium) klauzuli o nieodwołalności gwarancji i jej bezwarunkowości oraz dokonaniu zapłaty na pierwsze żądanie. (...) W gwarancjach składanych jako wadium w postępowaniach o zamówienie publiczne wskazane jest zamieszczenie odpowiednich sformułowań w treści dokumentu gwarancyjnego. Zabezpieczy to beneficjenta (zamawiającego) przed wszelkimi wątpliwościami w tym zakresie i umożliwi sprawne prowadzenie postępowania” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. - J. Pieróg, C.H. Beck, 2017 Warszawa).

Co istotne, zdaniem Odwołującego AVR, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę w wyroku z dnia 7 lipca 2014 r., że „wynikające z treści gwarancji bankowej oświadczenie o bezwarunkowym i nieodwołanym zobowiązaniu banku do zapłaty na pierwsze żądanie

Zamawiającego kwoty wadium wypełnia istotę gwarancji bankowej, określanej jako bezwarunkowej” (sygn. akt KIO 1279/14) wskazując tym samym, iż dopiero wystąpienie w gwarancji wymienionej „triady” klauzul definiuje gwarancję bankową (i ubezpieczeniową) jako bezwarunkową, a więc taką, jaką również i w tym postępowaniu wymagał Zamawiający.

Odwołujący AVR zauważył, że w podobnym tonie wypowiedział się także Sąd Najwyższy w uchwale z 16 kwietnia 1993 r. (sygn. akt III CZP 16/93), podjętej w składzie siedmiu sędziów: „Bank udzielający gwarancji opatrzonej klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” nie może skutecznie powołać się - w celu wyłączenia lub ograniczenia przyjętego na siebie obowiązku zapłaty - na zarzuty wynikające ze stosunku podstawowego, w związku z którym gwarancja została wystawiona”, by dalej stwierdzić jeszcze: „Użycie w umowie klauzuli „na pierwsze żądanie” oznacza, że odpowiedzialność gwaranta ulega zaostreniu, ponieważ obciążający go obowiązek świadczenia powstaje z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zapłaty przez dłużnika. „Bezwarunkowy” charakter jego odpowiedzialności wyłącza możliwość jej uzależnienia od warunku: „nieodwołalność” w połączeniu z uzgodnieniem terminu ważności stabilizuje stosunek gwarancji. Sens tego rodzaju klauzul w umowie gwarancji bankowej polega m. in. na zabezpieczeniu beneficjenta nie tylko przed ryzykiem niewypłacalności jego kontrahenta, lecz także przed ryzykiem długotrwałego i trudnego dochodzenia swoich roszczeń. Umowa gwarancji bankowej opatrzona klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo” oraz „na pierwsze żądanie” ma taki sam charakter, jak omawiana wyżej gwarancja bez tych klauzul, z zastrzeżeniem co do znaczenia wymienionych w niej klauzul. Jest więc ona umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną. Umowa gwarancji bankowej opatrzona powyższymi klauzulami kreuje - odmiennie od innych rodzajów gwarancji - abstrakcyjne zobowiązanie banku wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących bank z dłużnikiem oraz dłużnika z wierzycielem. Bank nie może przeciwstawić wierzycielowi (beneficjentowi) zarzutów ze stosunku podstawowego. W stosunku wewnętrznym bank nie jest zobligowany, a w stosunku gwarancyjnym - nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji”.

Odwołujący AVR stwierdził, że w treści gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Planeta Sp. z o.o. nie pojawia się wielokrotnie wymieniona wyżej klauzula „na pierwsze pisemne żądanie”, a miast tego gwarant użył sformułowania o zupełnie innym znaczeniu - „na pisemne żądanie”. W ocenie Odwołującego AVR, o ile zwrot „pierwsze pisemne żądanie” wskazuje maksymalną ilość żądań (jedno - „pierwsze”), po których Beneficjent uzyskać winien środki od Gwaranta, to już ten z gwarancji Planeta Sp. z o.o.

„pisemne żądanie” przeciwnie. Odwołujący AVR wskazał, że prócz formy, w jakiej winno być złożone żądanie do Gwaranta, Beneficjent nie ma pewności skuteczności uzyskania środków „po pierwszym” pisemnym żądaniu. Tym samym, Beneficjent gwarancji może mieć utrudnione dochodzenie roszczenia już podczas „pierwszego pisemnego zadania”, albowiem dokument gwarancji w tej sprawie nie wypowiada się precyzyjnie i jednoznacznie. Co istotne, zdaniem Odwołującego AVR, także wraz z żądaniem (pierwszym lub drugim, a może i kolejnym) Gwarant wymaga złożenia „pisemnego oświadczenia, że kwota jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ust. 1”. Tymczasem, jak zauważył Odwołujący AVR, badanie „należności” roszczenia (tj. jego „uzasadnienie”) przez Gwaranta, a zgłaszanego w „żądaniu” Beneficjenta może być traktowane jako dodatkowy warunek, o czym wspomina orzecznictwo. Wreszcie, co w opinii Odwołującego AVR, również należy rozpatrywać w kontekście omawianych okoliczności, „żądanie zapłaty” może być doręczone do InterRisk S.A. w określonym i krótkim terminie nie dłuższym „3 dni po okresie ważności gwarancji”. Z uwagi na tak sformułowany tekst gwarancji oraz okoliczności, o których Odwołujący AVR wspominał wcześniej - w ocenie Odwołującego AVR, wadium zostało wniesione w sposób wadliwy, skutkiem czego nastąpić może utrudnienie lub niemożność dochodzenia roszczeń przez Beneficjenta gwarancji.

W konsekwencji, zdaniem Odwołującego AVR, w przedmiotowej sytuacji Zamawiający winien był zastosować - czego nie uczynił - art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp i odrzucić ofertę Planeta Sp. z o.o.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

Odwołujący AVR podniósł, że stosownie do najnowszego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, w przypadku wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, jak i ich podwykonawców, można wykazywać się doświadczeniem tylko za faktycznie realizowane prace. Tym samym, nie można, jak to miało miejsce dotychczas, dla potwierdzenia spełniania warunków wykazywać prac realizowanych przez podmioty, z którymi tworzy się konsorcjum lub prace realizowane przez podwykonawców. Takie stanowisko Izby stanowi konsekwencję orzeczenia zapadłego w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. C- 387/14 ws. Esaprojekt i zostało wyrażone w sprawach zapadłych przed Izbą (KIO 326/18, 327/18 oraz KIO 568/18) „nie mają, zdaniem Izby znaczenia relacje podmiotowe towarzyszące wykonywaniu takiego zamówienia tj. czy zamówienie było realizowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia czy przez wykonawcę i jego podwykonawców. Istotny jest zakres, w jakim każdy ze wspomnianych podmiotów rzeczywiście partycypował w realizacji zamówienia. Przyjęcie

odmiennego zapatrywania skutkować mogłoby nierównym traktowaniem wykonawców, ponieważ możliwość wykazywania się doświadczeniem przez wykonawcę, który zrealizował zamówienie w konsorcjum ograniczona byłaby wyłącznie do właściwej mu części zamówienia, podczas gdy ograniczenia takiego nie byłoby w przypadku wykonawcy, który realizował zamówienie przy udziale podwykonawców. Ponadto interpretacja taka stanowiłaby wypaczenie rozumienia kwestii realności dysponowania (posiadania) tym zasobem. Sytuacja w której oceniany wykonawca nie realizował danej części zamówienia, ponieważ wykonał ją inny członek konsorcjum w którym wykonawca taki uczestniczył nie różni się od przypadku nie zrealizowania części zamówienia której wykonanie powierzone zostało podwykonawcy. W każdym z tych przypadków oceniany wykonawca nie nabywał doświadczenia wynikającego z realizacji tej części zamówienia, która wykonana została przez inny podmiot”.

Odwołujący AVR zwrócił uwagę, że w stanie faktycznym, który stanowi przedmiot sporu rozstrzygany przed Izbą, wykonawca Planeta Sp. z o.o. w „Wykazie usług” złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wskazał w kolumnie 1, iż zamówienie deklarowane w kolumnie nr 3 realizowane jest „w ramach Konsorcjum firm” - Planeta Sp. z o.o. Lider Konsorcjum, Wardex A.W. - Partner, PPUH Podkowa sp. j. B., P. - Partner. Okoliczność tę potwierdza także oferta złożona w postępowaniu na „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego”, a także umowa nr 194/2012 z dnia 7 listopada 2012 r. zawarta ze Skarbem Państwa, Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad. Również z dokumentu Zamawiającego, tj. referencji opatrzonej datą 13 czerwca 2018 r. złożonego przez wykonawcę na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że Planeta S. z o.o. wraz z Partnerami realizuje umowę nr 194/2012 z dnia 7.11.2012” bez wyodrębnienia zakresu prac i ich wartości dla poszczególnych członków konsorcjum. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego AVR, wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 7 pkt 7.2.3 lit a SIWZ, albowiem z przedstawionych dokumentów wynika, iż usługę realizuje wspólnie z „Partnerami” lub jak stwierdził „w ramach Konsorcjum”. Skoro zaś tak jest - stosownie do przywoływanego orzecznictwa - nie może, celem spełniania warunku przypisywać sobie doświadczenia dobytego „wspólnie” lub przez inne podmioty, albowiem tylko samodzielne i faktyczne wykonywanie usługi pozwala na jej wykazanie się w ramach przedmiotowego postępowania.

IV. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 25a ust. 2 ustawy Pzp

Odwołujący AVR zaznaczył, że instytucja „polegania na potencjale innych podmiotów” zasadniczo wprowadzona została w celu zwiększenia konkurencyjności postępowań i ma na gruncie zamówień publicznych charakter wyjątkowy. W tym względzie wypowiedziała się KIO w wyroku z 2.04.2015 r. (sygn. akt KIO 548/15), stwierdzając, że „zastosowanie tego przepisu w odniesieniu do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu ma też charakter wyjątkowy - stanowi wyjątek od zasady, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu powinien wykazać przede wszystkim wykonawca, który ubiega się o dane zamówienie, z którym zostanie w efekcie podpisania umowa w sprawie realizacji danego zamówienia publicznego (art. 22 ust. 1 ustawy P.z.p. czy art. 26 ust 2a ustawy P.z.p.). Z tych też względów art. 26 ust. 2b ustawy P.z.p. należy traktować, jako wyjątek od wskazanej zasady, a co za tym idzie, jego wykładnia nie powinna mieć charakteru rozszerzającego”.

Nieudowodnienie Zamawiającemu dysponowania zasobami „podmiotu trzeciego” m.in. poprzez złożenie błędnie sformułowanego „zobowiązania” tegoż podmiotu lub „zobowiązania” nie wykazującego „realności” dysponowania określonymi zasobami niweczy, jak wskazał Odwołujący AVR, możliwość powoływania się na nie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dlatego, zdaniem Odwołującego AVR, niezastosowanie przez Zamawiającego w tej sytuacji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego AVR, przedłożone dla wykazania „realności” dysponowania „zasobami” dowody, tj. „zobowiązania podmiotów trzecich”, co do treści i zawartości są wadliwe. Odwołujący AVR zauważył, że Planeta Sp. z o.o. dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 7 pkt 7.2.3 lit c („zdolność techniczna”) powołał się na zasoby „podmiotu trzeciego”, tj. 1) Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe B. R., 2) G. K. „FREZDROM”, 3) Transport Towarowy „S.” s.c. H. S., M. S., M. P. oraz 4) Ozamet Sp. z o.o., przedkładając w tym celu wraz ze swą ofertą „zobowiązania” wymienionych podmiotów oraz ich formularze JEDZ.

Zagadnienie dotyczące polegania na zasobach „podmiotów trzecich”, o których ustawa Pzp wspomina w art. 22a Zamawiający uregulował w Rozdziale 10 SIWZ. W szczególności dwa z punktów wskazanego rozdziału tj. „10.2” i „10.8” wydają się, w opinii Odwołującego AVR, istotne w kontekście dalszej części odwołania. Stosownie do ich brzmienia: „10.2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia (wzór zobowiązania stanowi Formularz 3.2.)” oraz „10.8. W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji Innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą”.

Odwołujący AVR wskazał, że Planeta Sp. z o.o. celem potwierdzenia spełniania warunków przedłożył ze swą ofertą m.in. zobowiązanie Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego B. R., w którym w lit. a „blankietowo” wymienia się udostępniany wykonawcy sprzęt bez np. wskazania jego marki, modelu, numerów rejestracyjnych, nr VIN - jednym słowem elementów pozwalających na jego identyfikację. W dalszej części zobowiązania wskazuje się w lit b., że „Wykonawca będzie samodzielnie korzystał z ww. zdolności technicznej” bez szczegółowego określenia sposobu, by dalej jeszcze w zakresie lit. c wskazać mało precyzyjnie, w sposób niedookreślony - jednym słowem niejasny - „że zasób będzie udostępniony Wykonawcy na czas niezbędny do realizacji ww. zamówienia”.

Jak stwierdził Odwołujący AVR, tak zakreślony „okres udziału” podmiotu trzeciego jest nieprecyzyjny i może podlegać rozmaitej interpretacji, to dodatkowo nie daje pewności (realności) dysponowania przez wykonawcę sprzętem w każdej chwili i przez cały okres realizacji umowy. Przykładowo Odwołujący AVR wskazał, że według definicji Słownika Języka Polskiego termin „niezbędny” oznacza „taki, bez którego nie można przetrwać, normalnie funkcjonować: taki, który jest bardzo potrzebny”, co prowadzić może do wniosku przeciwnego, iż w okresie w którym „można przetrwać: funkcjonować, nie jest on bardzo potrzebny” sprzęt nie będzie udostępniony. Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący AVR, zobowiązanie składane jest „przez Panią B. R.”, a podpisuje je pełnomocnik, podczas gdy on

sam działa w jej imieniu. Przy tak skonstruowanym zobowiązaniu, jak zauważył Odwołujący AVR, wykonawca - na wezwanie wystosowane do niego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp - przedłożył „Wykaz sprzętu” deklarując m.in. w pozycjach 1, 2, 7 i 18 sprzęt, który nie został szczegółowo (konkretnie) wyspecyfikowany w zobowiązanych tak, by treść „Wykazu” współgrała z określoną treścią „zobowiązań”. Dla przykładu Odwołujący AVR zwrócił uwagę na treść „Wykazu sprzętu” uzupełnionego już samodzielnie przez Planeta Sp. z o.o., gdzie wskazano, iż opisane lakonicznie w „zobowiązaniu” „pług - solarki (pług-solarka-nośnik) o parametrach zgodnych z OST ZUD dla zadania nr 4 (rejon w Zwoleniu) -7 szt.” to pojazdy i urządzenia o konkretnej marce (DAF, OZAMET), modelu (DAF LF320 FA), szczegółowych parametrach i normie emisji spalin, gdy okoliczność taka nie wynika z kwestionowanego dokumentu „zobowiązania”. Podobnie w pozycji 18 „Wykazu sprzętu” pojawiają się nie wymienione w „zobowiązaniu podmiotu trzeciego” z nazwy „znaki VMS Horizont Rols” (w zobowiązaniu odnajdujemy przepisany warunek w zakresie tego wyposażenia, referujący dodatkowo do załącznika nr 12 OPZ).

Zdaniem Odwołującego AVR, nie można uznać, iż Planeta Sp z o.o. udowodniła Zamawiającemu - przedkładając tak zredagowane „zobowiązanie” - iż dysponuje zasobami, które pozyskała od Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego B. R. . Odwołujący AVR wskazał, iż zobowiązanie „podmiotu trzeciego” do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów powinno w sposób jednoznaczny wskazywać na konkretne elementy stawiane do dyspozycji wykonawcy. W przypadku udostępniania „potencjału technicznego”, zdaniem Odwołującego AVR, w zobowiązaniu winny znaleźć się minimalne elementy pozwalające na identyfikację sprzętu, tj. np.: nazwa, marka, model, nr rejestracyjny, nr VIN, parametry techniczne wskazane wprost w zobowiązaniu urządzenia czy pojazdu, a nie odwołania do dokumentów lub załączników SIWZ i OPZ postępowania). Takich konkretnych informacji w opisywanym zobowiązaniu Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego B. R. oraz innych złożonych z ofertą nie można znaleźć. Odwołanie się do zapisów SIWZ czy OPZ czyni zobowiązanie abstrakcyjnym, miast skonkretyzowanym i realnym. Zamiast podania konkretnej informacji jaki sprzęt udostępnia „podmiot trzeci”, „zobowiązanie” ogranicza się do zastosowania ogólnikowej i zwyczajowej formuły stworzonej dodatkowo w przeważającej części przez Zamawiającego (formularz zobowiązania, odwołania do SIWZ, OPZ i załączników do nich, cytowanie opisu sprzętu z warunku - przyp. Odwołujący), która nie wskazuje Zamawiającemu konkretnych informacji i zmusza go do domysłów, analizy załączników do OPZ i SIWZ i „interpretacji” dokumentu, podczas gdy - zgodnie z orzecznictwem Izby - dokument powinien być klarowny, oczywisty, nie podlegający zabiegom interpretacyjnym i jednoznaczny („Dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego

musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że potencjał podmiotu trzeciego zostanie realnie udostępniony poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia" (zob. wyrok KIO z 8.05.2014 r., KIO 792/14, LEX nr 1463491). Odwołujący AVR zauważył, że o konieczności „udowodnienia” Zamawiającemu, iż dysponowanie jest „realne” wspomina pkt 10.2 SIWZ w cytowanym powyżej fragmencie, a także pkt 10.8.

Odwołujący AVR zauważył ponadto, iż zobowiązanie spółki Transport Towarowy „S.” s.c. H. S., M. S., M. P. w lit. a zawiera po zwrocie „ścianka poboczy” puste i „wykropkowane” miejsce w ogóle nie identyfikujące urządzenia, podczas gdy w „Wykazie sprzętu” złożonym przez Planeta Sp. z o.o. na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp w poz. 14 Wykonawca już takiej „konkretyzacji” dokonuje wskazując, iż urządzenie udostępnione to „HYDROG SP - 1200”.

W kontekście omawianych okoliczności i złożonych „zobowiązań” Odwołujący AVR zwrócił uwagę, iż Zamawiający nie miał możliwości oceny „realności” możliwości udostępnienia konkretnych urządzeń i pojazdów przez „podmioty trzecie”, a następnie w konsekwencji potwierdzenia spełnienia warunku w oparciu o „Wykaz sprzętu”, albowiem pomiędzy jednym i drugim dokumentem istnieją różnice tego typu, iż nie sposób jest stwierdzić, iż wykazywany w „Wykazie” sprzęt to ten w istocie udostępniany przez „podmiot trzeci” i co najistotniejsze czy w ogóle tym konkretnym sprzętem z „Wykazu sprzętu” „podmiot trzeci” dysponuje. Brak i rozbieżność wykazywana przez Odwołującego AVR jest o tyle istotna, w jego ocenie, iż Zamawiający dla potwierdzenia spełnienia warunku z Rozdziału 7 pkt 7.2.3 lit c SIWZ wymagał w „Wykazie sprzętu” jego szczegółowego opisu .

Ponieważ do oferty Planeta Sp. z o.o. załączyła dokument „zobowiązania” także innych podmiotów, Odwołujący AVR wskazał, iż w „zobowiązaniu” podmiotów: G. K. „FREZDROM”, Transport Towarowy „S.” s.c. H. S., M. S., M. P. oraz Ozamet Sp. z o.o., podobnie jak w pierwszym z omawianych przypadków, w sposób nieprecyzyjny i niekonkretny, a także pozwalający na zabiegi interpretacyjne określono „okres udziału” „podmiotu trzeciego” przy wykonywaniu zamówienia, każdorazowo wskazując, iż zasób będzie udostępniony na czas „niezbędny”. Zdaniem Odwołującego AVR, okoliczność ta i sposób redakcji wszystkich zobowiązań w pozostałych literach (a - e) świadczy także o tym, iż nie stanowią one „indywidualnych”, samodzielnie opracowanych oświadczeń tych podmiotów, a zapewne jeden wzór sporządzony przez Planeta Sp. z o.o. i sygnowany tylko

przez te podmioty. Brak cech indywidualnych dla wykazania elementów z lit b - e zobowiązań (m.in. w kontekście brzmienia przywołanych zapisów SIWZ - 10.2 i 10.8) podaje w wątpliwość ich „realność” w ujęciu, o którym wielokrotnie wypowiedziała się Izba i ustawodawca, której celem było ograniczenie „wymiany” i „handlu” zobowiązaniami przez podmioty biorące udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący AVR powołał się na wyrok KIO z 19.08.2016 r., sygn. KIO 1424/16).

Mając na uwadze, iż zobowiązania „podmiotów trzecich” załączone do oferty Planeta Sp. z o.o. miały charakter abstrakcyjny, ogólnikowy, niejednoznaczny i podlegający interpretacji czy dedukcji, przez co wykonawca nie udowodnił „realności” dysponowania nim, Zamawiający, w ocenie Odwołującego AVR, zobowiązany był do zastosowania obligatoryjnej procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania go do uzupełnienia „zobowiązań” („dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Brak precyzyjnego wskazania formy udziału i zakresu udostępnienia zasobów należy uznać za udostępnienie pozorne skutkujące niewykazaniem przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu” – wyrok KIO z 19.08. 2016 r., sygn. akt KIO 1424/16). Jest to, zdaniem Odwołującego AVR, o tyle istotne, gdyż stosownie do stanowiska doktryny, ale i orzecznictwa „należy pamiętać, że wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie mógł polegać na udostępnionych zdolnościach w trakcie realizacji zamówienia. Pociąga to za sobą konieczność wykazania przez wykonawcę, że odwołanie się do tych zdolności podmiotu trzeciego ma charakter realny, gwarantujący należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Rolą instytucji zamawiającej jest w każdym przypadku badanie owej realności. Nie jest zatem wystarczające oświadczenie przez podmiot trzeci zamiaru udostępnienia potencjału w jakiegokolwiek postaci - zamawiający powinien w każdym przypadku dążyć do wyjaśnienia, w jaki sposób potencjał na potrzeby danego zamówienia zostanie udostępniony, oraz ocenić, czy zakładana przez danego wykonawcę forma współpracy i udostępnienia potencjału zapewni rzeczywistą możliwość korzystania z tego potencjału w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne do należytego wykonania danego zamówienia. Wyrazem zadośćuczynienia przez prawodawcę postulatowi dotyczącemu realności udostępnienia potencjału przez podmioty trzecie jest uregulowanie § 9 ust. 1 rozporządzenia” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz - E. Wiktorowska, I. Skubiszak- Kalinowska, Wolters Kluwer).

Odwołujący AVR stwierdził, że uznanie przez Zamawiającego wadliwych „zobowiązań” podmiotów trzecich i oświadczeń JEDZ miało także znaczenie w kontekście

wstępnego potwierdzenia spełniania warunków przez Planeta Sp. z o.o. w oparciu o formularz Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia złożony przez wykonawcę. W konsekwencji, zdaniem Odwołującego AVR, w przypadku uznania niniejszego zarzutu za zasadny, wezwanie do uzupełnienia ww. „zobowiązań” winno skutkować ponownym wezwaniem wykonawcy do uzupełnienia „Wykazu usług”.

V i VI. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp

Odwołujący AVR zauważył, że Zamawiający uznał, że Planeta Sp. z o.o. potwierdził spełnianie warunku z Rozdziału 7 pkt 7.2.3 lit c SIWZ, pomimo iż przedstawiony przez niego „Wykaz sprzętu” nie potwierdzał w niektórych miejscach (pozycje 2 i 18) spełnienia tych warunków.

Odwołujący AVR wskazał, że wykazany w pozycji 2 („sprzęt do sprzątnia ulic”) powinien być wyposażony w zespoloną lampę sygnalizacyjną na dachu kabiny i w pomarańczową lampę ostrzegawczą” oraz „posiadać pojemność zbiornika min 5m³”. W kolumnie nr 3 „opis sprzętu potwierdzający spełnienie warunku” informacji tych wykonawca nie zawarł, przez co nie potwierdził spełniania warunku, albowiem Zamawiający nie mógł dokonać w oparciu o istniejące dane pozytywnej weryfikacji.

Podobnie, jak podał Odwołujący AVR, w pozycji 18 („przewoźne znaki VMS”) miały być zgodne z „załącznikiem nr 12 do OPZ”. Tymczasem, w kolumnie nr 3 „opis sprzętu potwierdzający spełnienie warunku” brak jest „opisu sprzętu”, który w istocie - jak żądał Zamawiający - potwierdzałby spełnianie warunku.

W ocenie Odwołującego AVR, konsekwencją powyższego powinno być zastosowanie przez Zamawiającego trybu „wyjaśniającego” do złożonych oświadczeń (art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp) i ustalenie czy wyspecyfikowany sprzęt warunki postawione w SIWZ spełnia. Gdyby tak nie było, wówczas Zamawiający winien zażądać w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp uzupełnienia brakującego wykazu. Odwołujący AVR stwierdził, że ponieważ Zamawiający zaniechał zastosowania wskazanych trybów - z uwagi na ich obligatoryjny charakter - naruszył ustawę Pzp w omawianym zakresie. Odwołujący AVR zwrócił uwagę, że wskazany tryb „wyjaśniający” znajduje zastosowanie także do tego, by wyjaśnić okoliczności realizacji tzn. zakres faktycznego wykonywania usługi z „Wykazu usług” przez Planeta Sp. z o.o. oraz Partnerów Konsorcjum.

Odwołujący AVR zauważył też, że jak wskazano omawiając zarzut III, Planeta Sp. z o.o. w „Wykazie usług” złożonym na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wskazał w kolumnie 1, iż zamówienie deklarowane w kolumnie nr 3 realizowane

jest „w ramach Konsorcjum firm” - Planeta Sp z o.o. Lider Konsorcjum, Wardex A.W. - Partner, PPUH Podkowa sp. j. B., P. - Partner. Okoliczność tę potwierdza szereg innych dowodów, tj. 1) oferta złożona przez Konsorcjum w postępowaniu na „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc.gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego”, 2) umowa nr 194/2012 z dnia 7 listopada 2012 r. zawarta ze Skarbem Państwa, Generalnym Dyrektorem Dróg Krajowych i Autostrad. Co najistotniejsze jednak, zdaniem Odwołującego AVR, Zamawiający wystawił dla Planeta Sp. z o.o. referencję opatrzoną datą 13 czerwca 2018 r., a więc po złożeniu „Wykazu usług”, w której sam stwierdza, że Planeta Sp. z o.o. wraz z Partnerami realizuje umowę nr 194/2012 z dnia 7.11.2012”. Skoro zaś sam Zamawiający okoliczność tę zdefiniował w taki sposób wskazując na realizację „wraz z Partnerami” powstaje rozbieżność pomiędzy jego (Zamawiającego) oświadczeniem i wiedzy, a „Wykazem usług” w którym Wykonawca deklaruje, iż „w ramach Konsorcjum” realizuje jednak sam określone zakresy prac (wyodrębniając również kwotę).

Skutkiem powstałej wątpliwości winno być, w ocenie Odwołującego AVR, precyzyjne wyjaśnienie przez Zamawiającego okoliczności wynikających z treści dokumentów, o których wspomina Odwołujący AVR. Podobnie jak w przypadku wcześniejszym, w sytuacji gdyby wyjaśnienia (w trybie art. 26 ust. 4 lub 3 ustawy Pzp) nie potwierdziły spełnienia warunku, konieczne stałoby się wezwanie do uzupełnienia dokumentu „Wykazu usług” w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Brak tych czynności - z uwagi na obligatoryjny charakter przywołanych norm - stanowi naruszenie ustawy Pzp mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania z uwagi na fakt, iż dotyczy potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków pozytywnych.

Odwołujący AVR wniósł o:

1. Merytoryczne rozpoznanie przez Izbę przedmiotowego postępowania,
2. Unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Planeta Sp. z o.o.,
3. Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Planeta Sp. z o.o., względnie jego wykluczenia z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,
4. Nakazanie Zamawiającemu ponownego badania złożonych ofert,
5. Wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AVR S.A.,

oraz alternatywnie o:

1. Merytoryczne rozpoznanie przez Izbę przedmiotowego postępowania,

2. Unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Planeta Sp. z o.o.,
3. Nakazanie Zamawiającemu ponownego badania złożonych ofert,
4. Nakazanie Zamawiającemu wezwania Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązań „podmiotów trzecich” i w konsekwencji „Wykazu sprzętu”,
5. Nakazanie Zamawiającemu wezwania Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnienia „Wykazu sprzętu”,
6. Nakazanie Zamawiającemu wezwania Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnienia „Wykazu usług”.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiła po stronie Odwołującego AVR FB Serwis S.A., zaś po stronie Zamawiającego Planeta Sp. z o.o.

Sprawa o sygn. akt KIO 1321/18:

W dniu 5 lipca 2018 r. wykonawca FB Serwis S.A. (dalej: „Odwołujący FB Serwis”) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w Zadaniu 4 postępowania oferty złożonej przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o., zaniechania odrzucenia oferty Planeta Sp. z o.o. oraz oceny oferty wykonawcy Planeta Sp. z o.o. w ramach kryterium „Norma emisji spalin”, względnie również zaniechania wezwania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący FB Serwis zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020) oraz w zw. z art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025, ze zm.; dalej: „k.c.”), art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 73 § 1 oraz w zw. z art. 78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Planeta Sp. z o.o., pomimo iż jest ona niezgodna z ustawą, z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż nie została złożona w wymaganej pod rygorem nieważności formie pisemnej z uwagi na nieopatrzenie jej podpisami osób uprawnionych do reprezentacji

wykonawcy Planeta Sp. z o.o., a jedynie parafami oraz pieczęciami imiennymi dwóch Wiceprezesów Zarządu spółki, co oznacza, że oferta ta jest niezgodna z zastrzeżonym w ustawie Pzp pod rygorem nieważności wymogiem formy pisemnej pod rygorem nieważności oraz, jako jednostronna czynność prawna, na podstawie art. 78 k.c. jest nieważna, a nadto jest sprzeczna z treścią postanowienia pkt 14.5. Tomu I SIWZ;

2. art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp zw. z art. § 14 ust. 1-4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) oraz w zw. z art. 73 § 1 i 78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie wykluczenia Planeta Sp. z o.o. z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia w sytuacji, przedstawiony przez Planeta Sp. z o.o. dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi utrzymania autostrady A2 został przedstawiony bez prawidłowego poświadczenia jego zgodności z oryginałem, tj. bez opatrzenia go wymaganymi podpisami własnoręcznymi, a jedynie parafami, przy czym wykonawca Planeta Sp. z o.o. był już wzywany do uzupełnienia tego dokumentu, zatem ponowne stosowanie procedury sanacyjnej (uzupełniania dokumentu) w tym zakresie nie jest już dopuszczalne;

3. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. § 14 ust 1-4 ww. rozporządzenia w zw. z art. 14 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 73 § 1 i 78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu (w tym Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia), pomimo iż wykonawca ten przedstawił wszystkie ww. dokumenty w niewłaściwej formie, tj. bez ich opatrzenia własnoręcznym podpisem lub podpisem elektronicznym, które to podpisy są wymagane do zachowania formy pisemnej, opatrując te dokumenty jedynie parafami oraz pieczęciami imiennymi dwóch Wiceprezesów Zarządu Planeta Sp. z o.o.;

4. art. 91 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Planeta Sp. z o.o. w ramach kryterium „Norma emisji spalin” i przyznanie tej ofercie 15 pkt w sytuacji, gdy oferta ta zgodnie z zapisami SIWZ powinna w tym kryterium otrzymać 0 pkt, gdyż zadeklarowany przez Planet Sp. z o.o. sprzęt w postaci nośników pług-solarek / pług-piaskarek spełniających wymogi normy EURO 6 (który to sprzęt zgodnie z postanowieniem § 9 ust. 3 Tomu II SIWZ - Istotne dla Stron Postanowienia Umowy ma być wykorzystany do realizacji przedmiotu zamówienia) jest zasobem udostępnianym przez podmiot trzeci, a zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny instytucja polegania na

zasobach innego podmiotu nie może być wykorzystywana do uzyskiwania punktacji w ramach kryterium oceny ofert, a jedynie do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a ponadto załączone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego nie dowodzi, że Planeta Sp. z o.o. będzie miała zapewnioną możliwość realnego korzystania z nośników spełniających normę euro 6.

Uzasadniając postawione zarzuty Odwołujący FB Serwis wskazał na następujące okoliczności:

1. Zarzut dotyczący nieważności i niezgodności z ustawą oraz treścią SIWZ oferty złożonej przez wykonawcę Planeta Sp. z o.o.

Odwołujący FB Serwis wskazał, że w aktualnym dla postępowania stanie prawnym, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo - za zgodą zamawiającego - w postaci elektronicznej podpisanej własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 18 pkt 4 Ustawy Nowelizującej). Odwołujący FB Serwis zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 78 § 1 k.c., do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Powyższe oznacza, jak stwierdził Odwołujący FB Serwis, że warunkiem skutecznego złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest opatrzenie tej oferty własnoręcznym podpisem.

Odwołujący FB Serwis zauważył, że pojęcie podpisu własnoręcznego nie posiada legalnej definicji. Taka definicja została wypracowana na gruncie piśmiennictwa oraz judykatury z zakresu obrotu gospodarczego. Jak wskazał Odwołujący FB Serwis, z orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, że składany dla zachowania formy pisemnej podpis musi być własnoręczny, a nadto musi obejmować co najmniej nazwisko osoby składającej ów podpis (por. m.in. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 1933 r. sygn. akt C II Rw 603/33 oraz wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. sygn. akt IV CSK 78/09). Podpis ten nie musi być czytelny, może też być skrócony (tak m.in. w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 1973 r./ III CZP 78/72, podobnie w uzasadnieniu wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 listopada 2006 r. sygn. akt II FSK 1144/05). Wymaganie podpisania nazwiskiem to - innymi słowy - wymaganie napisania swojego nazwiska. Nazwisko to może być skrócone; pomijanie niektórych liter, zwłaszcza samej końcówki nazwiska, jest w praktyce obrotu prawnego powszechne (por. uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1993 r. sygn. akt III CZP 146/93).

Jednakże, co istotne w sprawie, dopuszczalność skróconego zapisania nazwiska

w podpisie, czy podpisywania się nieczytelnie, nie oznacza jeszcze, aby za podpis musiał być uznany jakikolwiek znak graficzny napisany własnoręcznie przez daną osobę. Podpis powinien składać się bowiem z liter i umożliwiać identyfikację autora, a także stwarzać możliwość porównania oraz ustalenia, czy został złożony w formie zwykle przezeń używanej; powinien on wskazywać cechy indywidualne oraz powtarzalne (tak Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 30 grudnia 1993 r. sygn. akt III CZP 146/93). Przy podpisie chodzi bowiem o zadokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 maja 1933 r. sygn. akt C II Rw 603/33).

W konsekwencji, stwierdził Odwołujący FB Serwis, minimum wymagań koniecznych do uznania znaku pisarskiego za podpis jest to, by wyrażał, co najmniej nazwisko, umożliwiał identyfikację autora, przynajmniej według takich kryteriów, jak cechy indywidualne i powtarzalny. Takiej pewności nie stwarzają same inicjały, czyli parafa, toteż nie mogą być one uznane za podpis (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., IV CSK 78/09, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2007 r., II CSK 124/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 kwietnia 2016 r. sygn. akt II CSK 2016 r., uchwała Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1993 r. sygn. akt III CZP 146/93, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 25 maja 2017 r. sygn.. akt I ACa 461/16).

Podpis nie może składać się z dowolnych znaków graficznych, ale z liter składających się zasadniczo z imienia i nazwiska osoby, która składa podpis. Znaki graficzne, składające się na podpis, muszą mieć postać liter. W przeciwnym przypadku nie można przyjąć, że podpis został złożony (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 8 marca 2012 r. sygn. akt III CSK 209/11).

Odnosząc powyższe rozważania do znaków, którymi zostały opatrzone dokumenty składające się na ofertę Planeta Sp. z o.o. (tj. zgodnie z pkt 14.5. IDW: formularz ofertowy, kosztorysy ofertowe, zestawienie zbiorcze oraz formularz „Wykaz stawek i narzutów”) Odwołujący FB Serwis stwierdził, że znaki te za podpisy uznane być nie mogą. Odwołujący FB Serwis zwrócił uwagę, że znaki te nie przedstawiają nazwisk osób, których pieczęciami zostały uzupełnione. W szczególności, znak, który zgodnie z pieczęcią miałby zostać przypisany Panu J.W., nie stanowi jakiegokolwiek postaci nazwiska ww. osoby. Znak ten nie przedstawia nawet inicjałów Pan W. Swoim kształtem nie przypomina on żadnej z liter występujących w tym nazwisku (choćby jednej z nich), a tym bardziej nawet ciągu liter, które powinny składać się na skróconą postać nazwiska.

Analiza pozostałych dokumentów przedłożonych przez Planeta Sp. z o.o. w toku

postępowania, które zostały opatrzone analogicznym znakiem graficznym wraz pieczęcią Pana J.W., prowadzi, zdaniem Odwołującego FB Serwis, do wniosku, że znak ten nie jest powtarzalny. W różnych bowiem dokumentach znak ten ma inną postać - trudno zatem stwierdzić, czy pochodzi od tej samej osoby - nie mówiąc nawet o tym, czy możliwe jest zidentyfikowanie osoby go składającej na podstawie analizy porównawczej z pismem tej osoby. Oznacza to, jak stwierdził Odwołujący FB Serwis, że w przypadku powstania jakichkolwiek wątpliwości co do pochodzenia przedmiotowego znaku graficznego, niezmiernie trudne będzie ustalenie jego pochodzenia, w szczególności możliwości przypisania jego autorstwa w sposób bezsprzeczny Panu W.

Odwołujący FB Serwis stwierdził, że również znak, który towarzyszy pieczęci imiennej Pana M.D., trudno jest uznać za podpis własnoręczny. Znak ten przedstawia tylko jedną literę (można domniemywać, że jest to litera „D”), tak więc przy nawet przy zachowaniu możliwie największej tolerancji dla znaku odręcznego może on być uznany co najwyżej za inicjał (pierwszą literę nazwiska).

Odwołujący FB Serwis zwrócił uwagę na poglądy wyrażane w piśmiennictwie: „od podpisu odróżnić należy inicjały, obejmujące tylko początkowe litery imienia i nazwiska. Zgodnie z panującym poglądem naukowym, wspartym cytowaną wyżej uchwałą SN (7) z 30.12.1999 r., inicjałów nie można uznać za podpis, ponieważ stanowią one zbyt wąską podstawę do zidentyfikowania osoby, która stawia taki znak. Ponadto ten, kto się nim posłużył, nie wyraża w sposób dostateczny woli dokonania czynności prawnej.” (Z. Radwański, .System Prawa Prywatnego, Tom II, str. 130-131). Podobne stanowisko zaprezentował K. Knoppek twierdząc, że „podpisywanie się samymi tylko inicjałami nie stanowi podpisu, gdyż musi on dawać pewność, że sygnatariusz chciał podpisać się całym nazwiskiem w formie, jakiej stałe w podpisach używa” (K. Knoppek, Dokument w procesie cywilnym, s. 52.). Niedopuszczalne jest, by podpis ograniczał się do nakreślenia inicjałów (tak dr. Berenika Kaczmarek-Templin, Dowód z dokumentu elektronicznego w procesie cywilnym, Legalis 2018). Potoczne rozumienie podpisu, przekonanie się podpisującego, że znak graficzny, którym się posługuje, stanowi podpis, nie stanowi usprawiedliwienia dla braku podpisu na dokumencie (tak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 czerwca 2017 r. sygn. akt KIO 888/17).

Trafnie, zdaniem Odwołującego FB Serwis, podsumował tę kwestię J. Gwiazdomorski: podpis nie musi być wyraźny, ale musi wyglądać tak, by mógł być uznawany jeszcze za podpis, a nie tylko znak ręczny czy parafę (J. Gwiazdomorski, Podpis na testamencie holograficznym, s. 949).

Odwołujący FB Serwis stwierdził, że w stanie faktycznym sprawy oba znaki graficzne, którymi opatrzona została oferta Planeta Sp. z o.o. mogą być zakwalifikowane jedynie jako parafy bądź inicjały osób, których dane widnieją na pieczęciach. Powyższe wyklucza możliwość uznania, aby oferta została skutecznie podpisana. Tym samym, oferta taka nie została złożona w wymaganej ustawą Pzp formie pisemnej (art. 18 pkt 4 ustawy nowelizującej), a zastrzeżonej pod rygorem nieważności. Jest ona zatem na mocy art. 73 § 1 k.c. nieważna.

Nie ma przy tym, w opinii Odwołującego FB Serwis, znaczenia okoliczności dotycząca tego, że znaki widniejące na ofercie Planeta Sp. z o.o. zostały opatrzone pieczęciami imiennymi. Odwołujący FB Serwis wskazał na pogląd wyrażony przez KIO w uzasadnieniu wyroku z dnia 8.06. 2017 r., sygn. akt KIO 888/17, „opatrzenie znaku graficznego pieczęcią imienną nie wywołuje skutku, że określony znak graficzny staje się przez to podpisem, bowiem możliwa jest identyfikacja tego znaku graficznego dzięki pieczęci imiennej. To podpis ma identyfikować osobę, która go złożyła, a nie pieczęć imienna.”, przy czym nawet gdyby uznać, że jeden z ww. znaków za podpis własnoręczny może być uznany (co zdaniem Odwołującego FB Serwis byłoby jednak nieprawidłowe), to oferta Planeta Sp. z o.o. i tak pozostawałaby nieważna z uwagi na brak podpisu drugiego uprawnionego reprezentanta. Jak bowiem wynika z przedstawionej przez Planeta Sp. z o.o. informacji z KRS, do reprezentowania tego wykonawcy uprawnionych jest wyłącznie dwóch członków zarządu działających łącznie. Brak na ofercie choćby jednego z dwóch wymaganych własnoręcznych podpisów członków zarządu Planeta Sp. z o.o. oznacza, że oferta ta pozostawałaby ofertą nieważną - jako jednostronna czynność prawna dokonana bez umocowania byłaby nieważna na mocy przepisu art. 104 k.c.

Odwołujący FB Serwis nadmienił przy tym, że oferta Planeta Sp. z o.o. pozostaje również niezgodna z postanowieniem § 14.7 IDW, który to zapis wymaga jej podpisania przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy. W konsekwencji, winna ona być odrzucona również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. jako oferta niezgodna z ww. zapisem. Biorąc zaś pod uwagę, że zgodnie z postanowieniem pkt 14.5. ofertę stanowią również kosztorysy oraz wykaz stawek i narzutów, brak przedstawienia przez Planeta Sp. z o.o. ww. dokumentów prawidłowo podpisanych oznacza, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna również z SIWZ również w tym zakresie.

2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia Planeta Sp. z o.o. z postępowania oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego zaniechania wezwania Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów.

Zdaniem Odwołującego FB Serwis, w niewłaściwej formie zostały przez Planeta Sp. z o.o. przedstawione wszystkie oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania (w tym także dokument JEDZ Planeta Sp. z o.o.). Zgodnie bowiem z postanowieniem § 14 ust. 1 rozporządzenia, oświadczenia dotyczące wykonawcy i podmiotów, na których zdolnościach wykonawca polega, składane są w oryginale, zaś zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia, pozostałe dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Jednocześnie, w myśl postanowienia § 14 ust. 4 rozporządzenia, poświadczenie za zgodność z oryginałem następuje w formie pisemnej lub formie elektronicznej.

Z powyższego wynika, jak podał Odwołujący FB Serwis, że warunkiem skutecznego przedstawienia dokumentów „podmiotowych” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest przedstawienie takich dokumentów w oryginale (z oryginalnymi własnoręcznymi podpisami ich wystawców) lub opatrzonych podpisem własnoręcznym wykonawcy/kwalifikowanym podpisem elektronicznym (odpowiednio również podmiotu udostępniającego zasoby) z dopiskiem, że podpis ten został złożony w celu poświadczenia kopii za zgodność z oryginałem.

Odwołujący FB Serwis zwrócił uwagę, że w stanie faktycznym sprawy wykonawca Planeta Sp. z o.o. opatrzył wszystkie dokumenty znakami nie mającymi cech podpisu własnoręcznego. Powyższe świadczy, zdaniem Odwołującego FB Serwis, o nieprawidłowości wszystkich tych dokumentów, które zostały opatrzone ww. znakami (z wyłączeniem oczywiście dokumentów przedstawionych w formie oryginału z podpisami ich wystawców, takich jak zobowiązania podmiotów trzecich).

Jak wskazał Odwołujący FB Serwis, znaki opatrzone pieczęcią Pana W. w wielu miejscach są różne od tych, które widnieją na dokumentach stanowiących ofertę Planeta Sp. z o.o. (tj. na formularzu ofertowym, kosztorysach oraz wykazie stawek i narzutów). Nawet zatem gdyby uznać (z czym Odwołujący FB Serwis się nie zgadza), że znaki na ofercie są podpisami Pana W., to nie mogą być uznane za podpisy te znaki, które się od nich różnią.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego Sp. z o.o., nie sposób uznać, aby wykonawca Planeta Sp. z o.o. wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący FB Serwis zauważył, że Planeta Sp. z o.o. była już wzywana przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przedstawienia

dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wykazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (poświadczenie należytego jej wykonania nie zostało przedstawione w odpowiedzi na pierwotne wezwanie do złożenia dokumentów). Mając na uwadze, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, procedura sanacyjna przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być stosowana wyłącznie jednokrotnie, Odwołujący FB Serwis stwierdził, że w odniesieniu do wspomnianego poświadczenia (referencji) nie jest już możliwe ponowne jej stosowanie. Powyższe winno skutkować wykluczeniem Planeta Sp. z o.o. z postępowania.

Z ostrożności, wyłącznie na wypadek nieprzychylenia się przez Izbę do powyższego stanowiska i uznania, że akurat znaki postawione na wspomnianej referencji (jej kopii) są podpisami własnoręcznymi Pana W. i Pana D., Odwołujący FB Serwis wskazał, że uznanie znaków postawionych na innych dokumentach za niebędące podpisami, lecz parafami winno skutkować wezwaniem Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia owych pozostałych dokumentów. Odwołujący FB Serwis zauważył, że widniejący na referencji znak opatrzony pieczęcią Pana W. w sposób znaczący różni się od znaków widniejących na innych dokumentach podmiotowych oraz od znaków widniejących na ofercie - składa się on bowiem z dwóch elementów napisanych rozłącznie, podczas gdy znaki na pozostałych dokumentach są jednoelementowe, będące wzorami pisanymi łącznie, „bez odrywania ręki” w trakcie ich sporządzania).

W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego FB Serwis, zarzut dotyczący zaniechania wezwania Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia Planeta Sp. z o.o. z postępowania oraz skorelowane z nim żądanie dotyczące nakazania Zamawiającemu dokonania takiego wezwania należy traktować jako zarzut i żądanie ewentualne.

3. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny oferty Planeta Sp. z o.o. w ramach kryterium „Norma emisji spalin”

Jak zauważył Odwołujący FB Serwis, zgodnie z pkt 19.1.4 IDW w niniejszym postępowaniu Zamawiający ustanowił pozacenowe kryterium oceny ofert dotyczące „Normy emisji spalin”. W ramach tego kryterium wykonawcy mieli zaoferować normę emisji spalin wszystkich nośników wykorzystywanych do realizacji przedmiotu zamówienia nośników pługo-solarek i/lub pługo-piaskarek, otrzymując określoną liczbę pkt (15 pkt za zaoferowanie nośników spełniających normę EURO 6). Zaoferowana norma emisji spalin miała stanowić zobowiązanie wykonawcy, stanowiące integralną część umowy. Jednocześnie, jak zostało

wskazane w § 8 ust. 3 oraz w § 9 ust. 3 IPU, wykonawca realizujący przedmiot zamówienia będzie zobowiązany do skierowania do wykonania zamówienia sprzętu zgodnego z SIWZ, a jednocześnie sprzętu wskazanego w formularzu „Potencjał Techniczny”, stanowiącego załącznik do umowy.

Powyższe oznacza, zdaniem Odwołującego FB Serwis, że na gruncie niniejszego postępowania Zamawiający powiązał warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania sprzętu o wymaganiach określonych w SIWZ z zobowiązaniem do ich wykorzystania (konkretnie tych pojazdów) przy realizacji przedmiotu zamówienia. Zobowiązaniem tym objęte jest również wykorzystanie pojazdów spełniających normę emisji zadeklarowaną w formularzu ofertowym (w przypadku Planeta Sp. z o.o. była to norma EURO 6). Tym samym, ocena oferty w ramach przedmiotowego kryterium musi być dokonywana łącznie z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego sprzętu.

W tym zakresie Odwołujący FB Serwis zauważył, że zgodnie z dominującym w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowiskiem, przy ocenie ofert w ramach ustanowionych kryteriów (pozacenowych kryteriów badania ofert) należy brać pod uwagę wyłącznie potencjał wykonawcy, nie zaś potencjał udostępniony przez inne podmioty na zasadzie art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (por. m.in. uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.02.2018 r. sygn. akt KIO 211/08).

Ponadto, w opinii Odwołującego FB Serwis, nawet gdyby uznać, że w stanie faktycznym sprawy korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego będzie uzasadnione, to i tak wykonawca Planeta Sp. z o.o. nie udowodnił, że przy realizacji przedmiotu zamówienia będzie mógł realnie korzystać z nośników udostępnionych przez podmiot trzeci, tj. przez B. R. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe B. R.” w Słupnie. Jak bowiem wynika z treści załączonego do oferty Planeta Sp. z o.o. zobowiązania do udostępnienia potencjału, przedmiotem zobowiązania ww. osoby wobec Planeta Sp. z o.o. jest oddanie w najem sprzętu w postaci m.in. pług-solarek (pług+solarka+nośnik) o parametrach zgodnych z OST ZUD dla Zadania nr 4. W zobowiązaniu tym nie zostało natomiast określone, jaką normę emisji udostępniony sprzęt będzie spełniał. Oznacza to, zdaniem Odwołującego FB Serwis, że Pani B. R. nie będzie wcale zobligowana do oddania w najem nośników spełniających wymogi normy EURO 6 - jej zobowiązanie nie obejmuje żadnego obowiązku w tym zakresie. Dla prawidłowej realizacji tego zobowiązania wystarczające będzie, jeśli Pani B. R. faktycznie udostępni wykonawcy nośniki spełniające normę EURO 3 (które również będą zgodne z OST ZUD). W

konsekwencji, jak stwierdził Odwołujący FB Serwis, brak było podstaw do przyznania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. 15 pkt w ramach kryterium „Normy emisji spalin”.

Odwołujący FB Serwis wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
 2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze oferty Planeta Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej,
 3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Planeta Sp. z o.o.,
 4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia Planeta Sp. z o.o. z postępowania,
- względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądań określonych w pkt 3 i 4 powyżej

5. nakazanie Zamawiającemu wezwania Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia wszystkich dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia oraz

6. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem faktu, że wykonawca Planeta Sp. z o.o. w ramach kryterium „Norma emisji spalin” powinien otrzymać 0 pkt

Odwołujący FB Serwis wniósł również o:

7. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiła po stronie Zamawiającego Planeta Sp. z o.o.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o ich oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestników postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołujących możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Sprawa o sygn. akt KIO 1282/18:

W przedmiotowej sprawie Izba nie dopatrzyła się podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum PBDiM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał jednoznacznych podstaw do stwierdzenia, że cena wskazana w pozycji 1 Kosztorysu ofertowego – Prace o charakterze rutynowym (Formularza Z1.1) została zaniżona w stopniu uniemożliwiającym należyte wykonanie prac w tej cenie, jak też że część elementów podlegających wycenie w tej pozycji zostało przeniesione do pozycji 2 i 3 Formularza Z1.1. W ocenie Izby, Odwołujący Dróg-Pol nie podał ciężarowi dowodowemu wykazania ww. okoliczności. Odwołujący oparł swoją argumentację na własnych wyliczeniach, oraz porównaniach do kosztorysu inwestorskiego, co Izba uznała za niewystarczające. O zaniżeniu pozycji 1 Formularza Z1.1. nie mogą stanowić oferty składane przez Konsorcjum PBDiM w innym postępowaniu, bowiem brak jest podstaw do uznania, że to właśnie obecna wycena jest nierealna. Izba miała też na uwadze okoliczność, że cena podana za pozycję 1 Formularza Z1.1. samodzielnie nie stanowiła kryterium oceny ofert. Ocenie w kryterium podlegała cena za realizację całego przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby, niezasadna jest także argumentacja Odwołującego Dróg-Pol dotycząca wykorzystania przez Konsorcjum PBDiM okresów świadczenia prac rutynowych – takie wykorzystanie byłoby bardziej prawdopodobne w sytuacji, gdyby to prace z pozycji 1 Formularza Z1.1 zostały zawyżone, bowiem będą one realizowane przez 48 miesięcy, już od początku realizacji umowy. Nie znalazło również potwierdzenia twierdzenie Odwołującego Dróg-Pol o nieuczciwym wykorzystaniu przez Konsorcjum PBDiM przewidzianej przez Zamawiającego możliwości rozszerzenia zakresu przedmiotowej umowy. Izba zważyła, że ewentualny wzrost wynagrodzenia będzie obliczany według wzoru, który uwzględnia wszystkie odcinki dróg odpowiedniej klasy. Ponadto, jak wskazał Odwołujący Dróg-Pol w odwołaniu, okoliczność, że w toku realizacji umowy będzie miało miejsce oddanie do utrzymania dodatkowych odcinków dróg w Rejonie w Mińsku Mazowieckim powinna być znana wszystkim wykonawcom. Należy także podkreślić, że w celu zakwalifikowania danego czynu jako czynu nieuczciwej konkurencji konieczne jest nie tylko udowodnienie sprzedaży usługi poniżej kosztów własnych - konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do takiego stanu rzeczy w celu

eliminacji innych przedsiębiorców. W przedmiotowym stanie faktycznym, wobec braku wykazania inżynierii cenowej w wycenie przedmiotu zamówienia przez Konsorcjum PBDiM, okoliczności, iż kryterium oceny ofert stanowi cena za cały przedmiot zamówienia, a dodatkowo fakt, że ewentualnemu zaniżeniu uległa pozycja, która mogłaby przynieść wykonawcy najwięcej korzyści finansowych, bowiem będzie realizowana przez 48 miesięcy, Izba nie stwierdziła wypełnienia znamion czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 i 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący Dróg-Pol nie wykazał również zasadności wezwania Konsorcjum PBDiM do złożenia wyjaśnień dotyczących możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę w zakresie pozycji 1 Formularza Z1.1. W przedmiotowym zakresie aktualna pozostaje argumentacja przytoczona powyżej. Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę wskazywane przez Zamawiającego i Konsorcjum PBDiM różnice w charakterze prac i poziomie trudności tych prac na poszczególnych odcinkach dróg, które uzasadniają różnice w wycenie prac. Izba nie stwierdziła zatem zasadności zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt KIO 1318/18:

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp w zw. z art. 45 ust 1 i 6 pkt 4 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Planeta Sp. z o.o., pomimo że wykonawca ten wniósł w sposób nieprawidłowy wadium zabezpieczające jego ofertę.

Wbrew stanowisku Odwołującego AVR, nie ma podstaw do stwierdzenia, że wobec treści gwarancji złożonej przez Planeta Sp. z o.o. beneficjent mógł mieć utrudnione dochodzenie roszczenia.

Izba miała na uwadze, że treść ww. gwarancji jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w pkt 16.3 Tomu I SIWZ:

„Wadium wnoszone w formie poręczeń lub gwarancji powinno być złożone w oryginale i musi obejmować cały okres związania ofertą.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie poręczeń lub gwarancji należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa”.

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.”.

Okoliczność, że treść gwarancji złożonej przez Planeta Sp. z o.o. opracowana została zgodnie z postanowieniami SIWZ potwierdza pismo InteRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 13 lipca 2018 r.

W spornej Ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium Nr 02GG37/0092/18/0040 z dnia 17 kwietnia 2018 r. wskazane zostały w sposób prawidłowy poszczególne elementy, w tym m.in. beneficjent, tytuł postępowania, wystawca gwarancji, wnioskodawca, kwota, okoliczności stanowiące podstawę zatrzymania wadium, okres ważności gwarancji. W pkt 4 gwarancji wskazane zostało, że zapłata nastąpi w terminie 30 dni od dnia doręczenia przez beneficjenta pisemnego żądania wypłaty wraz z pisemnym oświadczeniem, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ust. 1 tej gwarancji.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że klauzuli „na pisemne żądanie” nie należy interpretować w taki sposób, że konieczne będzie ponawianie żądań wypłaty. Nie ulega wątpliwości, że klauzula „na pisemne żądanie” odnosi się do pierwotnego pisemnego żądania. Treść pkt 4 gwarancji jest w pełni zgodna z wymaganiami Zamawiającego i w żaden sposób nie ogranicza uprawnień Zamawiającego. Izba stwierdziła ponadto, że zawarty w treści gwarancji wymóg złożenia przez beneficjenta oświadczenia, że kwota jest należna w związku z zaistnieniem jednej z ustawowych podstaw zatrzymania wadium nie stanowi o prawie gwaranta do badania zasadności wypłaty kwoty. Wymóg potwierdzenia przez beneficjenta zajścia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty nie oznacza warunkowości gwarancji, lecz stanowi pewną formalność służącą weryfikacji skierowanego żądania przez gwaranta. Wprowadzenia takiego warunku formalnego nie

należy mylić z badaniem przez gwaranta ziszczenia się materialnych przesłanek jego odpowiedzialności. Niedopuszczalne byłoby natomiast żądanie przez gwaranta przedstawienia jakichkolwiek dodatkowych dowodów, w szczególności pochodzących od innych niż beneficjent podmiotów, poświadczających zrealizowanie się zabezpieczonego rezultatu. Postanowień takich nie zawiera jednak gwarancja złożona przez Planeta Sp. z o.o. Podobnie, okoliczność, że żądanie zapłaty może być doręczone do Gwaranta w terminie 3 dni po okresie ważności gwarancji w żaden sposób nie ogranicza praw Beneficjenta i pozostaje bez wpływu na możliwość dochodzenia roszczeń.

Reasumując, Izba nie dopatrzyła się uchybień w treści gwarancji złożonej przez Planeta Sp. z o.o. naruszających prawa beneficjenta i mogących skutkować uznaniem, że wadium nie zostało wniesione.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Planeta Sp. z o.o., pomimo że ten składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.3.a SIWZ.

Zgodnie z postanowieniami Tomu I Rozdziału 1 pkt 7.2.3.a SIWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

„a) Wykonawcy:

Wykonawca musi wykazać się doświadczeniem, w wykonaniu (wykonywaniu) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:

1) zadań (maksymalnie 8) polegających na letnim utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 10 000 000 PLN brutto

oraz

2) zadań (maksymalnie 8) polegających na zimowym utrzymaniu/utrzymywaniu dróg klasy min. G, o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 5 000 000 PLN brutto

albo

zadań (maksymalnie 8) polegających na zimowym i letnim utrzymaniu/ utrzymywaniu dróg klasy min. G o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszej niż 15 000 000 PLN brutto.

Przez letnie utrzymanie rozumie się wykonywanie usług utrzymania drogi w zakresie co najmniej utrzymywania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni i czystości.

Przez zimowe utrzymanie rozumie się wykonywanie usług w zakresie odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidowania śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwsnieżnych.

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez Zamawiającego Wykonawca przeliczy wg średniego kursu NBP na dzień zawarcia danej umowy.”.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że Planeta Sp. z o.o. wykazując spełnianie warunku powołała się na doświadczenie w realizacji zamówienia „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego – węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady.” w ramach konsorcjum z dwoma innymi podmiotami.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-387/14 w sprawie Esaprojekt, w świetle którego wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, którego był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez Trybunał, doświadczenie danego wykonawcy należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w realizację zamówienia. Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców.

Izba stwierdziła, że w przedmiotowym stanie faktycznym niezbędne jest ustalenie, jaki zakres prac faktycznie podlegał realizacji przez Planeta Sp. z o.o. Za niewystarczające Izba uznała stwierdzenie, że zgodnie z umową konsorcjum, Planeta Sp. z o.o. miała realizować 48% zamówienia. Istotne jest bowiem, czy przy wykazywanym zamówieniu Planeta Sp. z o.o. realizowała prace odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu.

Wobec braku jednoznacznego potwierdzenia powyższego, Izba za niezbędne uznała zastosowanie przez Zamawiającego procedury wezwania Planeta Sp. z o.o. do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Wykluczenie Planeta Sp. z o.o. na obecnym etapie byłoby działaniem przedwczesnym i nieuprawnionym. Planeta Sp. z o.o. w złożonym na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykazie usług wykazała zakres realizowanych prac, zarówno co do ich rodzaju, tj. „utrzymanie drogi w zakresie: utrzymania dróg i elementów pasa drogowego oraz odwodnienia, zieleni, czystości, odśnieżania, zapobiegania powstawania śliskości, likwidacji śliskości na drodze i ustawiania/zdejmowania zasłon przeciwnieźnych”, jak i wartości, tj. 28 372 853,63 zł brutto. Jednak, że względu na treść §4 Umowy konsorcjum zawartej w dniu 26 kwietnia 2012 r. w sprawie realizacji robót obejmujących „Bieżące i zimowe (kompleksowe) utrzymanie autostrady A2 odc. gr. woj. łódzkiego i mazowieckiego – węzeł Konotopa od km 411+465,8 do km 456+239,67 wraz z węzłami i skrzyżowaniami oraz wszystkimi obiektami inżynierskimi w pasie drogowym autostrady.” pomiędzy Planeta Sp. z o.o., Wardex A.W. oraz PPUH Podkowa Sp. j. B. P., jak też z uwagi na ujawnioną w złożonym przez Odwołującego AVR piśmie Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 4 lipca 2018 r. okoliczność, że ww. konsorcjum w dniu 19 kwietnia 2013 r. zgłosiło firmę Autostrada Mazowiecka Sp. z o.o. jako podwykonawcę robót dla umowy 194/2012, wyjaśnienie rzeczywistego zakresu prac realizowanych przez Planeta Sp. z o.o. przy zamówieniu, na którego realizację powołuje się wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu, jest niezbędne.

Za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 25a ust. 2 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia zobowiązań podmiotów trzecich przedłożonych wraz z ofertą na potwierdzenie spełniania warunku określonego w Tomie I Rozdziale 1 SIWZ pkt 7.2.3 c SIWZ w sytuacji, gdy z dokumentów tych nie wynika „realność” dysponowania zasobami wskazanymi w „Wykazie sprzętu” złożonego Zamawiającemu w dniu 7 czerwca 2018 r., co w konsekwencji doprowadziło do uznania przez Zamawiającego - w oparciu o oświadczenia JEDZ i wskazane zobowiązania, iż nastąpiło wstępne potwierdzenie warunków pozytywnych - w tym tych z pkt 7.2.3 c SIWZ.

Izba stwierdziła, że złożone przez Planeta Sp. z o.o. zobowiązania podmiotów trzecich pozwalają na ocenę realności dysponowania udostępnionymi zasobami. W zobowiązaniach tych zawarte zostały wszystkie elementy pozwalające na ocenę tej realności.

Na skuteczność zobowiązania nie wpływa okoliczność, że pojazdy wymienione w zobowiązaniach nie zostały zindywidualizowane w sposób, jakiego domaga się Odwołujący AVR. W ocenie Izby, wskazanie na rodzaj pojazdu, ilość, a w niektórych zobowiązaniach także złożenie oświadczenia, że udostępniane pojazdy posiadają cechy wymagane przez Zamawiającego w określonym dokumencie, są wystarczające do stwierdzenia, że udostępnienie to jest realne. Parametry poszczególnego sprzętu zostały opisane przez Planeta Sp. z o.o. w treści wykazu sprzętu, tak, jak wymagał tego Zamawiający (Rozdział 9 pkt 9.7. lit. c SIWZ). Izba miała też na uwadze, że zobowiązania te zostały złożone w konkretnym postępowaniu, którego przedmiot został jasno określony, co wynika z treści zobowiązań. Podobnie, tezie, że udostępniony sprzęt będzie dostępny w każdej chwili przez cały okres realizacji umowy, nie przeczy oświadczenie zawarte w treści zobowiązań, że udostępnienie potencjału następuje na czas niezbędny do realizacji skonkretyzowanego zamówienia. Określenie „zasób będzie udostępniony Wykonawcy na czas niezbędny do realizacji ww. zamówienia” jest w okolicznościach przedmiotowej sprawy wystarczająco precyzyjne i w żaden sposób nie ogranicza korzystania przez Planeta Sp. z o.o. ze sprzętu.

Na realność zobowiązania złożonego przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe B.R. nie wpływa okoliczność, że zobowiązanie zostało podpisane przez pełnomocnika, bowiem do zobowiązania zostało dołączone pełnomocnictwo udzielone przez B.R. W.K., w którym wprost B.R. udziela pełnomocnictwa do oddania do dyspozycji zasobów na potrzeby tego konkretnego zamówienia.

O nierealności udostępnienia zasobów nie świadczy także okoliczność, iż zobowiązania zostały przygotowane na wzorze opracowanym przez Zamawiającego – takiego właśnie działania oczekiwał Zamawiający w pkt 10.2 SIWZ. Nawet gdyby uznać, że to Planeta Sp. z o.o. przygotowała wzór zobowiązań, to niewątpliwie zostały one podpisane przez podmioty trzecie, zatem to one złożyły oświadczenia o określonej treści.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia braku realności udostępnienia zasobów w ofercie Planeta Sp. z o.o. Odwołujący braku realności tego udostępnienia nie wykazał. Kwestionowane dokumenty są klarowne, jednoznaczne i nie podlegają zabiegom interpretacyjnym. Zważyć należy, że zasób, jaki w przedmiotowym postępowaniu podlega udostępnieniu to sprzęt, który, zgodnie z wymogiem Zamawiającego, będzie użyty do realizacji zamówienia. Nie można zatem mówić o „papierowym” wykazywaniu spełniania warunku, jedynie w celu pozyskania zamówienia.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu przez Zamawiającego wyjaśnienia treści złożonego przez wykonawcę w dniu 7 czerwca 2018 r. „Wykazu sprzętu”, pomimo iż z treści przedłożonego wykazu nie wynikało potwierdzenie spełniania warunku z pkt 7.2.3 c SIWZ w zakresie niektórych pozycji tego „Wykazu”. Zarzut ten dotyczył poz. 2 i 18 Wykazu sprzętu złożonego przez Planeta Sp. z o.o.

Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wymóg z pozycji 2 Wykazu sprzętu został sformułowany w sposób alternatywny: Sprzęt mechaniczny do sprzątania ulic - o pojemność zbiornika min 5 m³ i o pojemność zbiornika na wodę min 1 m³, wyposażona w zespoloną lampę sygnalizacyjną (belkę świetlną) na dachu kabiny i w pomarańczową lampę ostrzegawczą lub doczepną z ładunkiem taśmowym na środek transportowy o pojemności zbiornika na wodę min 1 m³. Planeta Sp. z o.o. złożyła oświadczenie o spełnieniu wymagania w jeden z dopuszczonych przez Zamawiającego sposobów: Sprzęt mechaniczny do sprzątania ulic – BRODDSON doczepny z ładunkiem taśmowym na środek transportowy o pojemności zbiornika na wodę 1 m³, dlatego brak jest podstaw do wzywania wykonawcy do składania wyjaśnień w tym zakresie.

Podobnie, odnośnie wymogu z poz. 18: Przewoźne znaki VMS umożliwiające formułowanie komunikatów zgodnie z załącznikiem nr 12 do OPZ, złożenie przez Planeta Sp. z o.o. w Wykazie sprzętu oświadczenia, że przewoźne znaki VMS Horizont Rolos formułują komunikaty zgodnie z załącznikiem nr 12 do OPZ wskazuje na spełnienie wymagań SIWZ. Okoliczność ta została dodatkowo potwierdzona pismem z dnia 6 czerwca 2018 r. Brak jest zatem podstaw do formułowania wobec Planeta Sp. z o.o. wezwania do wyjaśnień w spornym zakresie.

Na skutek stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w zakresie zaniechania wyjaśnienia okoliczności czy Planeta Sp. z o.o. samodzielnie wykonała prace zadeklarowane w Wykazie usług, potwierdzenie znalazł także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Sprawa o sygn. akt KIO 1321/18:

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 18 pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oraz w zw. z art. 78 § 1 k.c., art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 73 § 1 oraz w zw. z art.

78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Planeta Sp. z o.o., pomimo iż jest ona niezgodna z ustawą, z treścią SIWZ oraz nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż nie została złożona w wymaganej pod rygorem nieważności formie pisemnej z uwagi na nieopatrzenie jej podpisami osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy Planeta Sp. z o.o., a jedynie parafami oraz pieczęciami imiennymi dwóch Wiceprezesów Zarządu spółki. Odwołujący FB Serwis stwierdził, że tak podpisana oferta jest niezgodna z zastrzeżonym w ustawie Pzp pod rygorem nieważności wymogiem formy pisemnej oraz, jako jednostronna czynność prawna, na podstawie art. 78 k.c. jest nieważna, a nadto jest sprzeczna z treścią postanowienia pkt 14.5. Tomu I SIWZ.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała na uwadze, że pojęcie podpisu własnoręcznego, o którym mowa w art. 78 k.c., nie posiada legalnej definicji, zaś w orzecznictwie nie jest ono jednolicie definiowane. Izba miała świadomość wynikających z części orzecznictwa, przytoczonych przez Odwołującego FB Serwis, definicji podpisu własnoręcznego. Jednak Izba stwierdziła, że pojęcia to może być także inaczej określane, jak np. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 listopada 2006 r., w którym Sąd stwierdził, że „podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem oraz znakiem czytelnym, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła” (sygn. akt II FSK 1144/05). W uchwale z dnia 28 kwietnia 1973 r. Sąd Najwyższy uznał (na użytek przepisów prawa spadkowego), że w utrwalonej praktyce obrotu za ważny podpis uważa się nie tylko podpis imieniem i nazwiskiem lub podpis samym nazwiskiem, lecz także – i najczęściej – skrót podpisu („podpis nieczytelny”), którego wystawca zwykle używa przy podpisywaniu dokumentów i który jest „godłem” jego podpisu (sygn. akt III CZP 78/72). Z kolei w postanowieniu z dnia 26 listopada 2014 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że wobec opatrzenia zażalenia imienną pieczęcią pełnomocnika powoda oraz znakiem graficznym używanym przez niego we wcześniejszych pismach, nie ma podstaw do uznania, że pozostaje ono dotknięte brakiem wymaganego podpisu (sygn. akt III CZ 48/14). Podobnie, Sąd Okręgowy w Kaliszu w postanowieniu z dnia 6 czerwca 2016 r. uznał, że zasadne jest przyjęcie, że „podpis taki powinien wykazywać jedynie cechy indywidualne oraz formę zwykle używaną przez osobę, która go składa. Należy uznać, że skróconego podpisu, chociażby obejmującego tylko inicjały podpisującego się, nie można identyfikować z parafą, albowiem podpis zostaje złożony w innym celu, tj. w celu podpisania dokumentu i przyjęcia jego treści jako oświadczenia własnego podpisującego się (w rozpatrywanym przypadku – poświadczenia o zgodności dokumentu z oryginałem), o którym to celu świadczy m.in. zarówno treść dokumentów, jak też przystawienie pieczęci imiennej na dokumentach

załączonych do pisma procesowego, stanowiącej oświadczenie o zgodności z oryginałem, mającej usunąć ewentualne wątpliwości odnośnie osoby podpisującej się. Podpis obejmuje każdy rodzaj stale stosowanego przez daną osobę sposobu sygnowania dokumentów, pod warunkiem, że został złożony własnoręcznie i wykazuje indywidualne cechy (przebieg linii graficznych) dających specyficzny dla danej osoby obraz podpisu, a nadto został złożony w celu przyjęcia treści oświadczenia znajdującego się w dokumencie (tu: oświadczenia o zgodności z oryginałem), pod którym został złożony” (sygn. akt II Cz 360/16).

W przedmiotowej sprawie oferta została podpisana przez J.W. i M.D. za pomocą nieczytelnych znaków graficznych. Identyfikacja tych osób nie sprawia jednak trudności, bowiem znaki te zostały opatrzone pieczęciami imiennymi, a ponadto odznaczają się powtarzalnością. Co do powtarzalności podpisu pana D. Odwołujący FB Serwis nie miał wątpliwości, jednak zgłosił takowe wobec podpisu J.W.. Izba uznała, że różnice w podpisie składanym przez J.W. na poszczególnych dokumentach nie mogą stanowić o braku własnoręczności podpisu. Na podstawie obserwacji życia codziennego Izba stwierdziła, że podpis składany przez daną osobę może różnić się w zależności od momentu czy okoliczności jego składania. Izba miała również na uwadze okoliczność, że Planeta Sp. z o.o. składając dokumenty w postaci umów, ofert dotyczących innych postępowań, o które ubiegała się Planeta Sp. z o.o., jak również bilansu wraz z rachunkiem zysków i strat Planeta Sp. z o.o. na dzień 31 grudnia 2017 r. wykazała, że podpisami w każdej z form, jakie pojawiły się w przedmiotowym postępowaniu, J.W. posługuje się także poza postępowaniem, są one charakterystyczne dla tej osoby oraz znane szerszemu kręgowi osób. Okoliczności, że podpisy złożone przy pieczęci J.W. należą do jednej osoby nie wykluczył złożony przez Odwołującego FB Serwis dowód w postaci opinii mgr inż. P.O. Eksperta z zakresu Klasycznych Badań Dokumentów z dnia 13 lipca 2018 r.

Podsumowując, Izba nie znalazła przesłanek wystarczających do stwierdzenia, że oferta nie została należycie podpisana. Znaki złożone na ofercie wraz z umieszczonymi w ich bezpośrednim sąsiedztwie pieczęciami imiennymi bez wątplenia pozwalają na identyfikację osób, które je złożyły. Znaki te zostały prawidłowo zidentyfikowane przez Odwołującego FB Serwis. W tym stanie rzeczy, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty Planeta Sp. z o.o. jako niezgodnej z ustawą, z treścią SIWZ czy też jako nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Mając na uwadze powołaną powyżej argumentację Izba za niezasadne uznała również zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b

pkt 3 ustawy Pzp zw. z art. § 14 ust. 1-4 rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz w zw. z art. 73 § 1 i 78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie wykluczenia Planeta Sp. z o.o. z postępowania, pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia, jak też zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. § 14 ust 1-4 rozporządzenia w zw. z art. 14 § 1 k.c. oraz w zw. z art. 73 § 1 i 78 § 1 k.c. poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Planeta Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieprawidłową ocenę oferty Planeta Sp. z o.o. w ramach kryterium „Norma emisji spalin”.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 19.1.4 IDW Kryterium „Norma emisji spalin” (E):

„Kryterium „Norma emisji spalin” będzie rozpatrywane w oparciu o normę emisji spalin „EURO” nośników pługo-solarek i/lub pługo-piaskarek podanego przez Wykonawcę w pkt. 8) Formularza Oferta. W tym kryterium można uzyskać maksymalnie 15 punktów.

UWAGA:

Wykonawca może zaoferować normę emisji spalin nośników pługo-solarek i/lub pługo-piaskarek EURO 3 lub EURO 4 lub EURO 5 lub EURO 6.

Liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana w następujący sposób:

Za zadeklarowanie wszystkich nośników pługo-solarek i/lub pługo-piaskarek spełniających normę nie niższą niż:

- EURO 3 – otrzymuje - 0 punktów
- EURO 4 – otrzymuje - 6 punkty
- EURO 5 – otrzymuje - 10 punktów
- EURO 6 – 15 punktów – maksymalną liczbę punktów;

Zamawiający informuje, iż w sytuacji w której Wykonawca nie wskaże w Formularzu Oferta (pkt 8) normy emisji spali EURO, Zamawiający do oceny oferty, przyjmie najmniej korzystny współczynnik EURO 3, a w kryterium Norma emisji spalin zostanie przyznane 0 pkt.

Zaoferowana „Norma emisji spalin” stanowi zobowiązanie Wykonawcy, stanowiące integralny element umowy.”.

Izba ustaliła, że Zamawiający nie zastrzegł w SIWZ, że punktacji w ramach przedmiotowego kryterium będzie podlegał wyłącznie sprzęt stanowiący zasób własny wykonawcy. Tym samym, Zamawiający nie wykluczył polegania na zasobach podmiotu trzeciego w kryteriach oceny ofert. Zakazu oceny potencjału podmiotu trzeciego w kryteriach oceny ofert nie ustanawia także ustawa Pzp. W ocenie Izby, również przepisy dyrektywy 2014/24/UE nie wykluczają możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach tzw. kryteriów udzielenia zamówienia. Wnioskować zatem należy, że ustawodawca dopuszcza sytuację, w której wykonawca może powołać się na potencjał podmiotów trzecich w ramach kryteriów udzielenia zamówienia, jeżeli Zamawiający taką możliwość dopuści w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (podobnie KIO w wyroku z dnia 26 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 1093/18). Nie pozostaje bez znaczenia okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu sprzęt oceniany w kryteriach oceny ofert to sprzęt, przy pomocy którego wykonawca będzie realizował zamówienie (§8 ust. 3 i §9 ust. 3 Istotnych postanowień umowy). Bez wpływu na jakość wykonania zamówienia pozostaje zatem podstawa dysponowania danym sprzętem.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż Planeta Sp. z o.o. nie udowodniła, że przy realizacji zamówienia będzie mogła realnie korzystać z nośników udostępnionych przez podmiot trzeci, tj. B. R. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe B. R., bowiem jej zobowiązanie nie obejmuje oddania w najem nośników spełniających wymogi normy Euro 6 Izba nie znalazła podstaw do uznania zasadności takiego twierdzenia. Izba stwierdziła, że nie zachodzi sprzeczność pomiędzy treścią formularza oferty a zobowiązaniem podmiotu trzeciego czy też pomiędzy treścią tego zobowiązania a wykazem sprzętu przekazanym Zamawiającemu wraz z pismem Planeta Sp. z o.o. z dnia 6 czerwca 2018 r. Planeta Sp. z o.o. w treści formularza złożyła oświadczenie, że do realizacji zamówienia skierowany zostanie sprzęt spełniający normę Euro 6 (pkt 8 formularza) i zobowiązana jest wywiązać się z tego zobowiązania. Oświadczeniu Planeta Sp. z o.o. w żaden sposób nie przeczy treść zobowiązania podmiotu trzeciego, w którym wskazano jaki podmiot, jaki sprzęt, w jakiej ilości, na jaki czas udostępnia, na podstawie jakiej umowy, jak też że sprzęt ten posiada parametry wymagane przez Zamawiającego (o parametrach zgodnych z OST ZUD dla Rejonu 4). Wskazać też należy, że zgodnie z 19.1.4 IDW, kryterium „Norma emisji spalin” miało być oceniane w oparciu o normę emisji spalin „EURO” nośników pług-solarek i/lub pług-piaskarek podaną przez wykonawcę w pkt. 8) formularza oferty. Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że Zamawiający uprawniony był do oceny informacji podanych w całej ofercie, nie zaś tylko w zobowiązaniach podmiotów trzecich.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący :