

Sygn. akt: KIO 908/14

WYROK
z dnia 21 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**
Lubomira Matczuk-Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 20 maja 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 maja 2014 r. przez wykonawcę: **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Jastrzębie-Zdrój, Al. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój,**

przy udziale:

- wykonawcy: **Ł..... A.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **F.H.U. DROMET II Ł..... A.....**, ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie Zdrój,
- wykonawcy: **P.P.U.H. KOMUNALNIK Sp. z o.o.**, ul. Kolejowa 30, 44-338 Jastrzębie Zdrój,
- wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Usług Socjalnych PUS Sp. z o.o.**, ul. Górnicza 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój,

zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 908/14 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę: FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa, i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 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,

2.2 zasądza kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od wykonawcy: **FBSerwis S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** na rzecz zamawiającego: **Miasto Jastrzębie-Zdrój, Al. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Jastrzębie-Zdrój w Jastrzębiu-Zdroju prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Utrzymanie kwartałów na terenie Miasta Jastrzębie-Zdrój, część od 1 do 17”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2014/S 005-005111 w dniu 8 stycznia 2014 r.

Wykonawca FBSerwis S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie części od 1 do 17, z wyłączeniem części nr 3 zamówienia. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż dokonując ww. czynności naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 22 ust. 1 pkt. 1 i 2 Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, co skutkowało bezzasadnym wykluczeniem odwołującego z postępowania;
- 2) art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez bezpodstawne uznanie, iż oferta odwołującego podlega odrzuceniu w związku z bezzasadnym uznaniem, iż odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części od 1 do 17 (z wyłączeniem części nr 3) pomimo, że jest to oferta najkorzystniejsza, zgodnie z kryteriami oceny ofert przyjętymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Postępowania („SIWZ”) spośród wszystkich złożonych ofert;
- 4) art. 24 ust. 3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i 8 ust. 1 Pzp, poprzez niewskazanie przez zamawiającego uzasadnienia faktycznego w zakresie rzeczywistej, konkretnej i wyczerpującej przyczyny wykluczenia odwołującego w zakresie odnoszącym się do spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, a w konsekwencji naruszenia zasady jawności postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i jego wykluczenia z postępowania;

- powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika, według norm przypisanych oraz na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 25 kwietnia 2014 r. otrzymał pismo zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2014 r. - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części od 1 do 17. Jednocześnie oferta odwołującego została odrzucona ze względu na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- posiadania wiedzy i doświadczenia;
- dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał oceny spełnienia przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Dodatkowo, zarówno korespondencja prowadzona przez zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, jak i przesłane odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej nie spełnia podstawowych wymagań przepisów Pzp, tj. nie zawiera stosownego uzasadnienia faktycznego i prawnego dla poczynionych przez zamawiającego ustaleń oraz dokonanych czynności.

1. Zarzut naruszenia art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz art 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp.

a) wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia

Zgodnie z pkt. 8.2.1 SIWZ, zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem, polegającym na wykonaniu lub wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat lub krótszym, maksymalnie 3 zadań o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, związanych z utrzymaniem letnim i zimowym lub zimowym, o określonej powierzchni łącznej, sprecyzowanej w pkt. 8.2.1 SIWZ, zróżnicowanej w zależności od części zamówienia, o której ubiega się wykonawca.

W związku z powyższym, wykonawca ubiegający się o zamówienie był zobowiązany do dołączenia do oferty załącznika nr 3 - wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz z załączeniem dowodów, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie np. referencji.

Odwołujący, polegając na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, tj. spółki CESP A S.A. wykazał w załączniku nr 3 - wykazu usług na stronie 72 oferty („Załącznik nr 3”) następujące usługi wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie:

- 1) utrzymanie oraz oczyszczanie w obrębę gminy A Coruña - usługi realizowane w latach 2010-2013 na rzecz Urzędu Gminy A Coruña w Hiszpanii - wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie (str. 73-83 oferty);
- 2) odbiór i transport stałych odpadów miejskich i odpadów organicznych, sprzątnięcie ulic oraz utrzymanie terenów zielonych na wyspie Formentera - usługi realizowane w latach 2010- 2013 na rzecz Rady Wyspy Formentera - wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie (str. 84-90 oferty).

W toku badania i oceny ofert, pismem z dnia 26 marca 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż „Z przedstawionego przez wykonawcę w ofercie załącznika nr 3 nie wynika, że świadczone przez wykonawcę usługi spełniają wymagania zamawiającego jw. Również przedstawione dokumenty - referencje, nie potwierdzają tego faktu". Jednocześnie zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia Załącznika nr 3 (wykazu usług) oraz dokumentów, potwierdzających należyte wykonanie, tak aby spełnione zostały wymagania wynikające z pkt. 8.2.1 SIWZ. Zamawiający, poza ogólnym stwierdzeniem rzekomej niezgodności z SIWZ usług wymienionych w Załączniku 3, nie ustosunkował się w szczególności do treści wykazu usług przedstawionego w ofercie odwołującego oraz do dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie.

W odpowiedzi z dnia 31 marca 2014 r. odwołujący wskazał, iż tak ogólnie sformułowany zarzut rzekomej niezgodności z SIWZ uniemożliwia udzielenie rzetelnej i prawidłowej odpowiedzi, czy to poprzez złożenie wyjaśnień bądź uzupełnienie dokumentów. Z treści wezwania w żaden sposób nie wynikało bowiem, które konkretnie zadania wskazane w Załączniku nr 3 oraz w jakim zakresie nie spełniają wymagań sformułowanych w SIWZ. Odwołujący poprosił zamawiającego o doprecyzowanie treści wezwania, poprzez wskazanie dlaczego zamawiający uznał, że z Załącznika nr 3 nie wynika spełnianie wymagań określonych w SIWZ.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza, iż wezwanie do wyjaśnień bądź uzupełnienia oferty musi precyzyjnie określać zakres wezwania, poprzez wskazanie konkretnych elementów oferty wykonawcy oraz wyjaśniać dlaczego dany punkt oferty w ocenie zamawiającego nie spełnia wymagań postawionych w SIWZ (tak m.in. wyrok KIO z dnia 4 maja 2012 roku (KIO 727/12; KIO 731/12; KIO 735/12; KIO 744/12; KIO 745/12).

Odwołujący stwierdził, iż usługi wskazane w Załączniku nr 3 do oferty w pełni potwierdzają spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od powyższego, odwołujący załączył do odpowiedzi z dnia 31 marca 2014 r. dodatkowy wykaz usług, który jak wynika z treści pisma zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2014 r. - informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nie budzi zastrzeżeń zamawiającego co do potwierdzenia spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Wyrażona

w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej istota zastrzeżeń zamawiającego, stanowiąca podstawę wykluczenia odwołującego, sprowadza się do zakwestionowania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie dodatkowych usług, tj. oświadczenia własnego wykonawcy potwierdzającego należyte wykonywanie usług wskazanych w wykazie dołączonym do wyjaśnień odwołującego z dnia 31 marca 2014 r.

Zgodnie §1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (poz. 231) dowodem potwierdzającym należyte wykonanie lub wykonywanie usług może być oświadczenie wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia wystawionego przez odbiorcę usługi.

Mając na względzie ww. przepis, w treści oświadczenia własnego dot. należytego wykonywania usług, odwołujący wyraźnie podkreślił i wyjaśnił, iż z uwagi na bardzo krótki termin, wyznaczony przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów, nie był w stanie przedstawić poświadczeń, co stanowi okoliczność uzasadniającą przedstawienie oświadczenia własnego w trybie §1 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia. Odwołujący zwrócił uwagę, iż żądanie uzupełnienia Załącznika 3 odwołujący otrzymał faksem w dniu 26 marca 2014 r. (środa), późnym popołudniem o godzinie 16:06 z bardzo krótkim terminem na uzupełnienie dokumentów - do poniedziałku, 31 marca 2014 r.

Bez zbędnej zwłoki, odwołujący w dniu 27 marca 2014 r. wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o przedłużenie ww. terminu, zważywszy na zakres przedmiotowy, którego dotyczyło wezwanie (uzupełnienie wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie lub wykonywanie, jak również oświadczenia podmiotów trzecich w trybie art. 26 ust 2b Pzp, w tym podmiotów z siedzibą za granicą) oraz fakt, iż wskazane dokumenty miały być fizycznie dostarczone w oryginale do siedziby zamawiającego.

W odpowiedzi na ten wniosek odwołujący otrzymał odmowną decyzję zamawiającego, podtrzymującą wyznaczony termin. Powyższa decyzja została dostarczona odwołującemu 28 marca 2014 r. o godzinie 13.25.

Z uwagi na bardzo krótki termin wyznaczony na uzupełnienie dokumentów odwołujący nie zdołał uzyskać poświadczeń, potwierdzających należyte wykonanie usług przez odbiorców tych usług. Odwołujący sporządził wyczerpujące wyjaśnienia oraz przedstawił dodatkowe dokumenty, w tym działając zgodnie z §1 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia odwołujący przedstawił oświadczenie własne potwierdzające należyte wykonywanie usług wymienionych w dodatkowym wykazie usług złożonym w dniu 31 marca 2014 r.

b) wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Zgodnie z pkt. 8.2.2 lit.a SIWZ, w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do

wykonania zamówienia zamawiający wymagał dysponowania: „osobą odpowiedzialną za utrzymanie terenów zielonych, posiadającą wykształcenie minimum średnie ogrodnicze, rolnicze (w zakresie kształtowania terenów zielonych) oraz minimum 2 letnie doświadczenie niezbędne do wykonywania prac określonych w siwz*

W celu wykazania spełniania powyższego warunku odwołujący wskazał, jako osobę wyznaczoną odpowiedzialną za utrzymanie terenów zielonych, posiadającą wykształcenie w zakresie kształtowania terenów zielonych p. G..... R..... posiadającą tytuł zawodowy inżyniera Architektury Krajobrazu oraz magistra inżyniera na kierunku Ochrona środowiska w zakresie Kształtowania Krajobrazu.

W wezwaniu z dnia 26 marca 2014 r. zamawiający wskazał, iż osoba ta nie spełnia warunków określonych w SIWZ, ponieważ posiada wykształcenie techniczne oraz wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób.

W odpowiedzi z dnia 31 marca 2014 r. odwołujący wyjaśnił, iż p. G..... R..... posiada wykształcenie adekwatne do zakresu zamówienia, przewyższające minimalne wymagania określone w SIWZ. Jednocześnie odwołujący, w celu uniknięcia wątpliwości, załączył dokumenty potwierdzające wykształcenie tej osoby (odpisy dyplomów ukończenia studiów inżynierskich oraz magisterskich) oraz wyciąg z programu nauczania na kierunku Architektura Krajobrazu.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 kwietnia 2014 r. zamawiający poinformował, iż odwołujący nie uzupełnił w wyznaczonym terminie załącznika nr 4 - wykazu osób, a zamawiający zakwestionował kierunek wykształcenia p. G..... R....., jako nieodpowiadający wymaganiom określonym w SIWZ.

Zważywszy na zapis pkt 8.2,2 lit.a SIWZ, określający warunki stawiane osobie odpowiedzialnej za utrzymanie terenów zielonych, posiadającej wykształcenie w zakresie kształtowania terenów zielonych, nie ulega wątpliwości, iż kierunek wykształcenia p. G..... R....., tj. w zakresie architektury krajobrazu oraz kształtowania krajobrazu, w pełni odpowiada wymaganiom opisanym w SIWZ. Powyższe potwierdza zarówno wyciąg z programu nauczania na kierunku Architektura Krajobrazu, zgodnie z którym kształcenie na ww. kierunku obejmuje kształtowanie terenów zielonych, w tym: budowę i pielęgnowanie projektowanych krajobrazów czy kierowanie i nadzór nad robotami realizacyjnymi i pielęgnacyjnymi w obiektach architektury krajobrazu, jak i zasady logiki i doświadczenia życiowego. Ponadto, zgodnie z programem nauczania, jednym z podstawowych obszarów kształcenia na kierunku Architektura Krajobrazu są nauki rolnicze, obejmujące swym zakresem przede wszystkim takie dziedziny jak: ogrodnictwo, ochrona i kształtowanie środowiska. Powyższe w sposób literalny odpowiada wymaganiom sformułowanym w pkt. 8.2.2lit. a SIWZ.

c) wymóg dysponowania odpowiedni potencjałem technicznym

Zgodnie z pkt 8.2.2 lit.b SIWZ, zamawiający wymagał dysponowania sprzętem do utrzymania letniego i zimowego wskazanym w SIWZ.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku odwołujący przedstawił, na zasadach wynikających z art. 26 ust, 2b Pzp, oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego - spółki Prograss sp. z o.o. do oddania mu do dyspozycji potencjału technicznego wymaganego zapisami pkt. 8.2.2 lit.b SIWZ (str. 115-116 oferty).

W dniu 26 marca 2014 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż ww. zobowiązanie nie spełnia wymogów wynikających z ustawy Pzp oraz wezwał do uzupełnienia dokumentu. W odpowiedzi na wezwanie (pismo z dnia 31 marca 2014 r.) odwołujący szczegółowo wyjaśnił, iż dołączone do oferty zobowiązanie spółki Prograss sp. z o.o. potwierdza dysponowanie wymaganym sprzętem oraz z daleko posuniętej ostrożności dołączył dodatkowe zobowiązanie spółki Prograss sp. z o.o.

Z uwagi na bardzo krótki termin wyznaczony na uzupełnienie dokumentów, odwołujący mógł dostarczyć zamawiającemu wyłącznie kopię, potwierdzoną za zgodność z oryginałem, dodatkowego zobowiązania spółki Prograss sp. z o.o. Zdaniem odwołującego, brak jest jednak podstaw do zakwestionowania treści oświadczenia o udostępnieniu potencjału spółki Prograss sp. z o.o. dołączonego do oferty na str. 115-116.

Zgodnie z uzasadnieniem zawartym w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 23 kwietnia 2014 r., ww. zobowiązanie nie spełnia wymagań określonych w ustawie, ponieważ brak w nim określenia „oddanie do dyspozycji” oraz określenia „bezwarunkowy”, a zobowiązanie to dotyczy wyłącznie sprzedaży jednostek sprzętowych.

Odwołujący wskazał, że na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, poza wiążącym zobowiązaniem oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, brak jest konieczności wykazywania przez wykonawcę - z mocy samego przepisu - formy i zakresu przyszłego udostępnienia zasobów. W szczególności z art. 26 ust. 2b Pzp nie wynika konieczność wskazywania w treści zobowiązania *essentialia negotii* porozumienia między wykonawcą a podmiotem trzecim, ani też konkretyzacji ponad zakres wynikający ze zdania pierwszego art. 26 ust. 2b Pzp, udostępnianych zasobów, sposobu korzystania z niego przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia. W orzecznictwie KIO podkreśla się, iż ustawa nie precyzuje treści omawianego zobowiązania. Zamawiający jest uprawniony do opisanie w SIWZ wymagań w odniesieniu do udowodnienia dysponowania przez wykonawcę zasobami innego podmiotu, przykładowo wykazania przewidywanych zasad współpracy - sposobu wykonywania zobowiązania, zakresu zobowiązania udzielanego wsparcia. Sam ustawodawca wskazał również, że rozstrzygającego znaczenia nie ma stosunek prawny łączący strony, ale okoliczność wykazania, iż ten stosunek prawny stanowił będzie podstawę uzyskania określonego

potencjału. W sytuacji, gdy dokładny zakres, czy sposób tego udostępnienia w dokumencie zobowiązania podmiotu trzeciego, nie został przez zamawiającego wprost wyznaczony, wykonawca był uprawniony, aby spełnienie warunku posiadania doświadczenia przedstawić stosownie do swoich zindywidualizowanych możliwości (wyrok KIO z 16 marca 2010 roku, KIO 166/10).

Z uwagi na powyższe, przedłożenie oświadczenia podmiotu trzeciego, zawierającego zobowiązanie do sprzedaży określonych rzeczy, niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za w pełni dopuszczalne oraz skutecznie potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, albowiem de facto oddanie do dyspozycji w konkretnym stanie faktycznym nastąpi poprzez dokonanie sprzedaży.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp.

Aktualna pozostaje argumentacja przytoczona w pkt. 1.4-1.6 powyżej, dotycząca braku należytego uzasadnienia przez zamawiającego powodów nieuznania za spełniające wymagania SIWZ usługi wskazane w ofercie w Załączniku nr 3.

Z treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej nie wynikało, dlaczego zamawiający uznał, iż usługi wskazane pierwotnie w Załączniku nr 3 (wykaz usług) do oferty nie spełniają wymagań SIWZ.

Zgodnie z poglądami doktryny oraz orzecznictwem KIO, treść wezwania do wyjaśnień bądź uzupełnień oferty musi precyzyjnie wskazywać zakres wezwania, konkretne elementy oferty i uzasadnienie, dlaczego dany punkt oferty nie spełnia wymagań SIWZ.

Zgodnie natomiast z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę. W uzasadnieniu powinny znaleźć się wszelkie okoliczności, fakty i twierdzenia, które uzasadniają przesłanki wykluczenia wykonawcy. W ten sposób zamawiający respektuje zasadę jawności postępowania oraz równego traktowania, dostarczając każdemu ten sam zestaw informacji o dokonanych czynnościach.

Tymczasem w przesłanym przez zamawiającego wezwaniu z dnia 26 marca 2014 r. zamieszczono jedynie lakoniczne stwierdzenie o rzekomej niezgodności oferty z SIWZ (w zakresie usług wskazanych w Załączniku nr 3 do oferty), a twierdzenie to nie zostało poparte jakąkolwiek analizą faktyczną oraz prawną. W treści informacji natomiast zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do Załącznika nr 3 - wykazu usług załączonych pierwotnie do oferty.

Dowód zaistnienia przesłanek obligujących do wykluczenia wykonawcy spoczywa na zamawiającym. Wprawdzie przepis art. 24 ust. 3 Pzp nie określa stopnia szczegółowości informacji o podstawach wykluczenia, ale należy przyjąć, że powinno być ono niewprowadzające wykonawcy w błąd, a przede wszystkim dające wykonawcy możliwość merytorycznego odniesienia się do przesłanek wykluczenia. Powyższy obowiązek informacyjny stanowi przejaw wyrażonej w art. 8 ust. 1 zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zawartej w art. 7 ust 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślił, że dokumenty, które były pierwotnie dołączone do oferty - Załącznik nr 3 - wykaz usług, potwierdzały spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W związku z powyższym, należy stwierdzić, że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jeżeli w ocenie zamawiającego z Załącznika nr 3 nie wynikało spełnianie warunków udziału, to winien był, zgodnie z powołaną powyżej podstawą prawną oraz ugruntowanym orzecznictwem Izby, należycie uzasadnić decyzję, czego jednak nie uczynił, czym naruszył przepis 24 ust. 3 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz art 7 ust 1 i 8 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu: Ł..... A..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. DROMET II Ł..... A....., P.P.U.H. KOMUNALNIK Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Socjalnych PUS Sp. z o.o. zgłosili w dniu 9 maja 2014 r. swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, w zakresie części zamówienia, w których ich oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze.

Zamawiający złożył na posiedzeniu odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Stwierdził, że analiza treści oferty i uzupełnień, które złożył na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp odwołujący wskazuje, że zamawiający nie naruszył przepisów powołanych w odwołaniu. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów wyjaśnił, jak poniżej.

1. Wymóg posiadania wiedzy i doświadczenia

Zdaniem zamawiającego, zarzuty podniesione w pkt II.1.5-1.7 odwołania zostały zgłoszone po upływie terminu na wniesienie odwołania. Dotyczą one wezwania do uzupełnienia dokumentów i wskazania, że zamawiający powinien brać pod uwagę w ramach oceny ofert wykaz zamówień i dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie – złożone w ofercie. W ocenie zamawiającego, ocenie podlegać mogły w tej sytuacji dokumenty złożone w ramach uzupełnienia. W ocenie zamawiającego, złożone oświadczenie

wykonawcy zamiast poświadczenia podmiotu, na rzecz którego wykonane zostało zamówienie, o należywym wykonaniu tego zamówienia, nie potwierdza spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, ponieważ – zdaniem odwołującego - zbyt krótki termin na uzupełnienie dokumentów nie stanowi szczególnych okoliczności uzasadniających złożenie oświadczenia. Tym bardziej, że z wiedzy posiadanej przez zamawiającego wynika, że odwołujący nie występował w ogóle do zamawiającego o wydanie stosownych poświadczeń.

2. Wymóg dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Odwołujący kwestionuje sam fakt wezwania go do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie. Jest to zarzut zgłoszony po upływie ustawowego terminu wobec czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów.

3. Wymóg dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym

Zarzut dotyczący bezpodstawnego wezwania w tym zakresie należy również uznać za spóźniony. Dlatego ocenie powinny podlegać dokumenty złożone w ramach uzupełnienia, tj. nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału. Zobowiązanie to powinno mieć formę pisemną, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, tymczasem odwołujący złożył w uzupełnieniu kopię zobowiązania podmiotu trzeciego, potwierdzoną przez odwołującego za zgodność z oryginałem. Ponadto treść ww. zobowiązania nie potwierdza, że odwołujący będzie dysponował wymaganym sprzętem, ponieważ zobowiązanie dotyczy sprzedaży na rzecz odwołującego ww. sprzętu w przypadku uzyskania zamówienia, a odwołujący nie wykazał, że posiada np. środki na zakup tych jednostek lub zawarł np. umowę ratalną albo wpłacił zaliczkę itp.

Zdaniem zamawiającego, bezpodstawny jest również zarzut dotyczący braku podania uzasadnienia prawnego i faktycznego w decyzji o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu jego oferty. Informacja przekazana wykonawcom spełnia wymogi art. 92 ust. 1 Pzp. Zamawiający odniósł się do dokumentów złożonych w ramach uzupełnienia, gdyż zasadność i treść wezwania do uzupełnienia dokumentów nie została przez odwołującego zakwestionowana w terminie ustawowym wobec tej czynności. W zakresie uzupełnianych dokumentów odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału, podobnie jak w ramach dokumentów złożonych w ofercie.

Zamawiający dołączył do odpowiedzi na odwołanie notatkę służbową sporządzoną przez pracowników zamawiającego w dniu 8 maja 2014 r., w której stwierdzono na podstawie rozmowy z przedstawicielami ww. wykonawców, że firma FBService Sp. z o.o. nie występowała do żadnego z inwestorów. Jednocześnie zamawiający, tj. GDDKiA Oddział Kielce i Oddział Opole potwierdzili możliwość wydania dokumentów w terminie niezwłocznym na wyraźny wniosek wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp, odwołujący wykazał, że posiada legitymację do wniesienia niniejszego odwołania. Oferta odwołującego została odrzucona, przez co odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia odwołania oferta odwołującego będzie ofertą, która uzyska najlepszy wynik w ramach oceny ofert wg. kryterium ceny w częściach od 1 do 17 za wyjątkiem części nr 3. W świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, oferta odwołującego winna być uznana za najkorzystniejszą w przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu, zgłoszonych wobec czynności wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, odwołanie zostało rozpoznane w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu.

Izba stwierdziła, że wykonawcy: Ł..... A..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. DROMET II Ł..... A....., P.P.U.H. KOMUNALNIK Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Usług Socjalnych PUS Sp. z o.o., zgłaszając w dniu 9 maja 2014 r. swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w zakresie części zamówienia, w których ich oferty zostały wybrane jako najkorzystniejsze, skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wypełniając przesłanki, o których mowa w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest całoroczne (letnie i zimowe) utrzymanie czystości ulic, chodników, ścieżek rowerowych, parkingów, deptaków, schodów, przystanków komunikacji publicznej, wpustów kanalizacji deszczowej, terenów zielonych oraz letnie utrzymanie ławek i całoroczne utrzymanie koszy ulicznych i słupów ogłoszeniowych na terenie Miasta Jastrzębie-Zdrój w latach 2014-2017. Zamówienie zostało podzielone na 17 części odpowiadających 17 kwartałom, tj. obszarom wydzielonym przez zamawiającego.

Zgodnie z pkt. 14 SIWZ, jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena. Odwołujący złożył ofertę dotyczącą wszystkich 17 części

zamówienia, a zaoferowane przez odwołującego ceny są najkorzystniejsze (za wyjątkiem części nr 3), spośród złożonych ofert dla poszczególnych części zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba ustaliła i zważyła, jak poniżej.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 22 ust 1 pkt 1 i 2 Pzp, art 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp. poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania i uznanie oferty odwołującego za odrzuconą w wyniku stwierdzenia, iż odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Jak wynika z treści specyfikacji, w zakresie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (pkt. 8.2.1 SIWZ), zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wiedzą i doświadczeniem, polegającym na wykonaniu lub wykonywaniu, w okresie ostatnich 3 lat lub krótszym, maksymalnie 3 zadań o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia, związanych z utrzymaniem letnim i zimowym lub zimowym, o określonej powierzchni łącznej, sprecyzowanej w pkt. 8.2.1 SIWZ, zróżnicowanej w zależności od części zamówienia, o której ubiega się wykonawca.

Wykonawcy byli zobowiązani do złożenia w ofercie załącznika nr 3 - wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz z załączeniem dowodów, że zostały wykonane lub są wykonywane należycie np. referencji.

Odwołujący, polegając na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, tj. spółki CESP A S.A. z siedzibą w Hiszpanii przedstawił w ofercie w załączniku nr 3 - wykaz usług (str. 72 oferty) dwie usługi wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie:

- utrzymanie oraz oczyszczanie w obrębie gminy A Coruña - usługi realizowane w latach 2008-2018 na rzecz Urzędu Gminy A Coruña w Hiszpanii - wraz z referencjami z dnia 23 stycznia 2014 r., 22 kwietnia 2013 r., potwierdzającymi należyte wykonanie (str. 73-83 oferty);
- odbiór i transport stałych odpadów miejskich i odpadów organicznych, sprzątnięcie ulic oraz utrzymanie terenów zielonych na wyspie Formentera - usługi realizowane w latach 2008-2020 na rzecz Rady Wyspy Formentera - wraz z referencjami z dnia 17 stycznia 2014 r.

potwierdzającymi należyte wykonanie (str. 84-90 oferty) tych usług.

Z treści ww. wykazu oraz referencji złożonych w ofercie nie wynika, że świadczone przez wykonawcę powyższe usługi spełniają wymagania zamawiającego, polegające na tym, aby usługi miały charakter podobny do przedmiotu zamówienia, tj. związany z utrzymaniem letnim i zimowym lub zimowym. Wykazane przez odwołującego usługi polegały na całorocznym utrzymaniu i oczyszczaniu terenów gminy A Coruña oraz wyspy Formentera w Hiszpanii, gdzie nie występują zimowe warunki atmosferyczne o nasileniu podobnym do warunków panujących w Polsce. W związku z powyższym nie można uznać, że usługi realizowane w tym rejonie Europy są podobne do usług realizowanych w Polsce. Niewątpliwie warunki zimowe o temperaturze minimalnej 0 lub +3 stopnie Celsjusza odbiegają znacznie od warunków zwykle występujących w Polsce w okresie zimowym. Doświadczenie nabyte w tych warunkach nie jest wystarczające do wykazania, że wykonawca poradzi sobie z prawidłowym wykonaniem zamawianych usług w warunkach pogodowych -10 lub -20 stopni Celsjusza.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 28 lutego 2014 r. do wyjaśnienia, na czym polegało utrzymanie zimowe realizowane na rzecz miasta A Coruña oraz wyspy Formentera, odwołujący pismem z dnia 6 marca 2014 r. wskazał prace wykonywane w okresie zimowym, które w istotny sposób odbiegają od prac charakterystycznych dla typowego okresu zimowego w Polsce. Nie potwierdzają podobieństwa tych prac w zakresie utrzymania zimowego również oświadczenia firmy CESPAS S.A. z dnia 5 marca 2014 r. załączone przez odwołującego do złożonych wyjaśnień.

Wezwanie skierowane do odwołującego w dniu 26 marca 2014 r. do uzupełnienia dokumentów (wykazu wykonanych usług i dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie) w omawianym zakresie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zostało sformułowane w sposób czytelny i zrozumiały. Zamawiający podkreślił w treści wezwania, poprzez pogrubienie czcionki, które elementy warunku nie zostały potwierdzone w złożonych w ofercie dokumentach.

Ponadto, podkreślić należy, że odwołujący nie kwestionował w ustawowym terminie treści powyższego wezwania w trybie dostępnych mu środków ochrony prawnej. Zarzut podniesiony w tym zakresie na obecnym etapie jest spóźniony i nie podlegał rozpoznaniu.

Załączony przez odwołującego do odpowiedzi z dnia 31 marca 2014 r. dodatkowy wykaz usług, nie był kwestionowany przez zamawiającego, jako potwierdzający spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia. Zamawiający zakwestionował natomiast w informacji o wykluczeniu odwołującego dokumenty złożone przez wykonawcę na potwierdzenie należytego wykonania usług, przedstawionych w uzupełnionym wykazie, tj. oświadczenie własne wykonawcy.

Zgodnie §1 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego

2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) oświadczenie wykonawcy może stanowić dowód potwierdzający należyte wykonanie lub wykonywanie usług, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia wystawionego przez odbiorcę usług.

Nie budzi wątpliwości fakt, że termin 5-dniowy na uzupełnienie dokumentów nie stanowi okoliczności uzasadniającej przedstawienie przez odwołującego oświadczenia własnego w trybie §1 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia. Jest to termin racjonalny, umożliwiający uzupełnienie dokumentów i niewątpliwie uzasadniony z punktu widzenia ekonomiki postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto należy dodać, że odwołujący nie zaskarżył powyższej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 marca 2014 r. i nie zaskarżył też w postępowaniu odwoławczym czynności odmowy zamawiającego na wniosek złożony przez odwołującego o przedłużenie tego terminu. W tym zakresie zarzuty zostały podniesione już po upływie ustawowego terminu, a w związku z powyższym nie były rozpoznawane przez Izbę w niniejszym postępowaniu.

Jak wykazał zamawiający, składając notatkę służbową z dnia 8 maja 2014 r. oraz pismo GDDKiA Oddział w Kielcach z dnia 9 maja 2014 r. odwołujący nie występował do odbiorców usług wskazanych w wykazie o wydanie poświadczeń należytego wykonania. Nie podjął zatem nawet próby uzyskania stosownych poświadczeń. W tym zakresie odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który by potwierdzał zaistnienie okoliczności obiektywnych, tj. niezależnych od wykonawcy, które uzasadniają zastosowanie §1 ust. 2 pkt 3 ww. rozporządzenia. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że skoro usługi nie zostały jeszcze zakończone, to referencje potwierdzające ich należyte wykonywanie nie mogły być wystawione. Co do zasady nie ma jakichkolwiek przeszkód, aby poświadczenia w tym zakresie zostały wystawione przez odbiorców usług, natomiast odwołujący nie przedstawił uzasadnienia ani dowodów na okoliczność, że w tym przypadku zaistniały jednak obiektywne okoliczności, które uniemożliwiły uzyskanie przez odwołującego takich poświadczeń.

Warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

Treść warunku opisanego w pkt 8.2.2 lit.a SIWZ wskazuje jednoznacznie i wprost, że osoba odpowiedzialna za utrzymanie terenów zielonych, wymagana przez zamawiającego przy realizacji zamówienia, musi posiadać m.in. „wykształcenie minimum średnie ogrodnicze, rolnicze (w zakresie kształtowania terenów zielonych)”. Zatem wymogiem podstawowym wobec tej osoby było posiadanie wykształcenia rolniczego lub ogrodniczego na poziomie min. średnim, natomiast wymogiem dodatkowym była specjalność „w zakresie kształtowania terenów zielonych”.

Zgodnie z treścią wykazu osób złożonego przez odwołującego w ofercie (str. 91 oferty) odwołujący wskazał osobę posiadającą wykształcenie „Mgr Inż. Architektury Krajobrazu”. Jak wyjaśnił odwołujący, osoba ta posiada tytuł zawodowy inżyniera Architektury Krajobrazu oraz magistra inżyniera Ochrony Środowiska w zakresie Kształtowania Krajobrazu w ramach studiów ukończonych w Wyższej Szkole Ekologii i Zarządzania w Warszawie. Jak wynika z treści wykazu powyższe wykształcenie nie zostało wymienione przez odwołującego w wykazie jako wykształcenie rolnicze lub ogrodnicze, i w tym zakresie (wymaganie podstawowe) warunek nie został przez odwołującego spełniony.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 26 marca 2014 r. do uzupełnienia wykazu osób, pismem z dnia 31 marca 2014 r. odwołujący złożył dodatkowe wyjaśnienia dotyczące wykształcenia wskazanej w ofercie osoby, nie uzupełnił natomiast wykazu osób. Złożone przez odwołującego odpisy dyplomów ukończenia studiów przez wskazaną w ofercie osobę oraz wyciąg z programu kształcenia na kierunku Architektura Krajobrazu nie zmieniają faktu, że ukończone przez tę osobę studia nie dają wykształcenia rolniczego lub ogrodniczego. Ponadto, wyciąg z programu nauczania na kierunku Architektura Krajobrazu dotyczy lat 2012/2013 oraz 2013/2014, co nie odpowiada okresowi, w którym wskazana osoba odbywała i ukończyła studia (rok 2005), a zatem nie może stanowić potwierdzenia faktycznego programu studiów, które osoba ta ukończyła.

Warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym

W celu wykazania spełniania warunku, określonego w pkt 8.2.2 lit.b SIWZ, dotyczącego dysponowania odpowiednim sprzętem do utrzymania letniego i zimowego, odwołujący, złożył m.in. w ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego - spółki Prograss sp. z o.o. z dnia 11 lutego 2014 r., w trybie art. 26 ust, 2b Pzp, do sprzedaży na rzecz odwołującego części potencjału technicznego wymaganego w SIWZ (str. 115-116 oferty).

Zobowiązanie spółki Prograss sp. z o.o. nie potwierdza zdaniem Izby skutecznie dysponowania przez odwołującego wymaganym sprzętem w zakresie objętym tym zobowiązaniem na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia. Zgodnie z treścią ww. zobowiązania, jest to zobowiązanie „nieodwołalne” do sprzedaży na rzecz odwołującego na potrzeby przedmiotowego zamówienia następujących jednostek sprzętowych: ciągnik z pługiem i rozrzutnikiem w ilości 55 szt., sprzęt do chodników z pługiem i rozrzutnikiem w ilości 35 szt., pług boczny w ilości 16 szt. oraz wytwornica solanki w ilości 1 szt.

Jednocześnie firma Prograss Sp. z o.o. oświadczyła w treści ww. dokumentu, że nie będzie brała udziału w realizacji zamówienia, a ww. sprzęt zostanie sprzedany wykonawcy na podstawie odrębnej umowy sprzedaży. Zarówno strony, jak i przystępujący potwierdzili na rozprawie, że wartość sprzętu objętego powyższym zobowiązaniem jest znaczna i może

stanowić nawet kilka milionów złotych.

Zgodzić się należy z odwołującym, że ustawa Pzp nie precyzuje treści zobowiązania podmiotu trzeciego składanego w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Przepis ten wskazuje jednak na konieczność udowodnienia przez wykonawcę zamawiającemu, że będzie on w sposób rzeczywisty dysponował zasobami innego podmiotu. Chodzi tu o wykazanie przez wykonawcę faktycznej, realnej możliwości korzystania z wymaganego sprzętu na potrzeby realizacji danego zamówienia, niezależnie od rodzaju stosunku prawnego łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim. Jak podkreśla się w orzecznictwie udostępnienie musi mieć charakter realny, dający pewność zamawiającemu, że wykonawca w przypadku wybrania jego oferty będzie mógł zrealizować w sposób prawidłowy zamówienie. W toku postępowania o udzielenie zamówienia na wykonawcy spoczywa obowiązek i ciężar dowodu, że dysponowanie sprzętem na czas realizacji zamówienia jest zapewnione.

Przedkładając ogólne i lakoniczne zobowiązanie podmiotu trzeciego do sprzedaży sprzętu na rzecz odwołującego, wykonawca nie wykazał, że dysponowanie wymaganym sprzętem ma zapewnione, a tym samym, że umowa sprzedaży o tak znacznej wartości dojdzie do skutku w odpowiednim czasie. Odwołujący nie wykazał np. że posiada środki finansowe pozwalające na zakup tego sprzętu. Nie wykazał również, że sprzęt zostanie zakupiony np. w ramach umowy ratalnej, że wpłacił zaliczkę lub że została zawarta umowa przedwstępna itp. Powyższe okoliczności uprawdopodobniłyby, że umowa sprzedaży, o której mowa w zobowiązaniu ma szansę dojść do skutku, że nie jest to wyłącznie intencja (oferta) podmiotu trzeciego, zainteresowanego sprzedażą tak znacznej ilości sprzętu. W tym konkretnym przypadku konieczne jest bowiem wykazanie nie tylko intencji podmiotu trzeciego lecz również związanego z ewentualną przyszłą transakcją rzeczywistego zobowiązania się odwołującego do zakupu tego sprzętu.

Nie można odmówić odwołującemu uprawnienia do złożenia oświadczenia, jakie w danej sytuacji faktycznej było mu dostępne i jakie wynikało z gotowości współpracujących z nim podmiotów do udzielenia wymaganego potencjału, co podnosił odwołujący w odwołaniu, ale jednak podkreślić należy, że wykazanie (udowodnienie) rzeczywistego udostępnienia sprzętu (w wyniku przyszłej umowy sprzedaży) wymaga przedstawienia w tym przypadku przez wykonawcę konkretnych informacji, potwierdzających, że zakup sprzętu jest pewny. Informacje te są konieczne do oceny, czy zobowiązanie to ma charakter realny. Takie informacje nie zostały przedstawione przez odwołującego ani na etapie badania i oceny ofert przez zamawiającego, ani też na etapie postępowania odwoławczego.

W dniu 26 marca 2014 r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie omawianego warunku udziału. Uzupełnione przez odwołującego zobowiązanie spółki Prograss sp. z o.o. zostało złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Treść tego zobowiązania nie

została w sposób istotny zmieniona w zakresie wskazanym powyżej, tj. w zakresie zobowiązania spółki Prograss sp. z o.o. do sprzedaży sprzętu na podstawie odrębnej umowy. Powyższe zobowiązanie nie spełnia zatem wymagań SIWZ w zakresie merytorycznym, z przyczyn opisanych wyżej w odniesieniu do zobowiązania złożonego w ofercie, jak również nie spełnia wymogów co do wymaganej formy zobowiązania. Zamawiający jednoznacznie wymagał w SIWZ, aby zobowiązania składane w trybie art. 26 ust. 2b Pzp były przedstawiane przez wykonawców wyłącznie w formie oryginału lub kopii potwierdzonej przez notariusza. Brak spełnienia wymagań formalnych nie był kwestionowany przez odwołującego, który jedynie usprawiedliwiał fakt złożenia zobowiązania w formie kopii - zbyt krótkim terminem wyznaczonym przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów.

Podsumowując, należało stwierdzić, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, opisanych w pkt. 8.2.1, pkt 8.2.2 lit.a oraz pkt 8.2.2 lit.b SIWZ ani w wyniku dokumentów złożonych w ofercie, ani w wyniku wezwania do uzupełnienia tych dokumentów.

Biorąc pod uwagę powyższe, tj. fakt niewykazania przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, który ma zastosowanie w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez uznanie przez zamawiającego, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu z powodu wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający podjął prawidłową decyzję uznając, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu. W konsekwencji też Izba nie stwierdziła naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała za zasadny, podniesiony przez odwołującego, zarzut dotyczący naruszenia w przedmiotowym postępowaniu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp i art. 8 ust. 1 Pzp. poprzez niewskazanie przez zamawiającego w informacji o wykluczeniu z postępowania pełnego uzasadnienia faktycznego w zakresie przyczyn wykluczenia odwołującego odnoszącym się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenia zasady jawności postępowania oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W treści informacji o wykluczeniu (pismo zawiadamiające jednocześnie o wyborze oferty najkorzystniejszej) nie została zawarta ocena dokonana przez zamawiającego, odnosząca się do dokumentów złożonych przez odwołującego w ofercie. Zamawiający uznał, że wobec wezwania do uzupełnienia dokumentów, powinien odnieść się jedynie do dokumentów złożonych w ramach uzupełnienia. Nie jest to stanowisko prawidłowe.

Informacja o wykluczeniu i odrzuceniu oferty powinna obejmować ocenę całościową złożonych przez wykonawcę dokumentów w ramach danego postępowania, a zatem zarówno dokumentów złożonych w ofercie, jak i dokumentów złożonych w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Jest to bowiem ocena ostateczna, w której zamawiający powinien wykazać, że wykonawca nie przedstawił prawidłowych i zarazem wystarczających dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Obowiązek informacyjny zamawiającego, o którym mowa w art. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi niewątpliwie przejaw zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażonej w art. 8 ust. 1 oraz zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wyrażonej w art. 7 ust 1 Pzp. Niewypełnienie w sposób prawidłowy tego obowiązku przez zamawiającego skutkuje naruszeniem powyższych zasad. Niewątpliwie, na podstawie uzasadnienia wykluczenia bądź odrzucenia oferty wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie we wnoszonym odwołaniu. Dlatego tak istotne jest, aby zamawiający przedstawił precyzyjnie ocenę złożonych przez wykonawcę dokumentów. W niniejszej sprawie treść odwołania potwierdza jednak, że odwołujący, pomimo pewnych braków uzasadnienia wykluczenia, był w stanie prawidłowo sformułować zarzuty, powołując się na okoliczności, fakty i twierdzenia, które faktycznie legły u podstaw wykluczenia wykonawcy, powzięte m.in. z treści wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów.

Pozostałe zarzuty dotyczące braku podania przez zamawiającego prawidłowego uzasadnienia faktycznego i prawnego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 marca 2014 r., jak już wskazano powyżej, zostały podniesione po upływie ustawowego terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 3 Pzp, dlatego też nie podlegały rozpoznaniu na tym etapie postępowania, jako spóźnione.

Stwierdzone powyżej przez Izbę naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 oraz w konsekwencji art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1 Pzp nie miało i nie może mieć jednak wpływu na wynik postępowania, wobec zaistnienia przesłanek uzasadniających wykluczenie odwołującego z postępowania. Stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdzone zatem naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania.

W tym stanie rzeczy Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

.....