

WYROK

z dnia 17 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2013 r. i 16 stycznia 2014 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

AVR Sp. z o.o. ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz

AVR S.p.A. via Francesco Tensi 116, 00133 Rzym, Włochy

w postępowaniu prowadzonym przez

Gminę Bytom – Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej

ul. Smolenia 35, 41-902 Bytom

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **W..... S.....**
prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania
Miasta W..... S..... ul. Spółdzielcza 1/1, 42-274 Konopiska, Zakład Robót
Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k. ul. Sikorskiego 5a, 41-922 Radzionków, B.....
S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą
Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B.....
S..... i W..... S..... ul. Spółdzielcza 1/1, 42-274 Konopiska, B.....
K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług
Komunalnych B..... K..... ul. Wolności 28A, 42-500 Będzin, H.....
K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług
Komunalnych H..... K.....

ul. Wolności 28A, 42-500 Będzin zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

- B. wykonawcy **J..... W.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... ul. Łokietka 4, 41-933 Bytom** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. na rzecz Gminy Bytom – Miejskiego Zarządu Zieleni i Gospodarki Komunalnej kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego 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, poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający: Gmina Bytom – Miejski Zarząd Zieleni i Gospodarki Komunalnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „realizację pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 19 lipca 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 139-241927. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia AVR Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz AVR S.p.A. z siedzibą w Rzymie wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, z uwagi na wybór najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy przedłożone przez wykonawcę J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... wyjaśnienia dotyczące elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w części zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, budziły wątpliwości zamawiającego co do wystąpienia przesłanek do ich utajnienia,
2. art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty zmierzający do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami tej ustawy,
3. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na nieodrzuconie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca

działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... (zwanych dalej także „konsorcjum”) jako niezgodnej z ustawą Prawo zamówień publicznych wskutek niezachowania właściwej jej formy (pisemnej pod rygorem nieważności),

4. art. 90 ust. 2 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieprawidłową ocenę złożonych przez J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zaoferowana cena posiada charakter rażąco niskiej

oraz „z ostrożności procesowej”:

5. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie realizacji usługi konserwacji placów zabaw,

6. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Jacka Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Waldemar Strach prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, 7. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... z

postępowania, z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, a następnie zaniechanie odrzucenia oferty tych wykonawców jako wykonawcy wykluczonego z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W.....,
2. powtórzenia czynności oceny ofert,
3. odtajnienia wyjaśnień złożonych przez J..... Wi..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,
4. odrzucenia oferty J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... .
5. odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K.....,
6. wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zaoferowana przez J..... W..... cena ma charakter rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca ten zastrzegł jako tajemnicę przedsiębiorstwa znaczną część wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający poprzez zaniechanie wyjaśnienia tej kwestii przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty doprowadził do znacznego pogorszenia sytuacji pozostałych wykonawców w zakresie kontroli prawidłowości decyzji podejmowanych przez zamawiającego, a także w odniesieniu do przysługujących im środków ochrony prawnej.

Zdaniem odwołującego J..... W..... zastrzegł szereg wiadomości, którym nie można przydać przymiotu tajemnicy przedsiębiorstwa, albowiem są możliwe do uzyskania w sposób w pełni legalny, z ogólnie dostępnych źródeł (np. informacje o realizowanych przez Urzędy Pracy projektach aktywizacji osób bezrobotnych, czy też porównania ofert złożonych

w przedmiotowym postępowaniu, skoro są one jawne od momentu ich otwarcia). Oznacza to, że zamawiający nie dokonał oceny zasadności utajnienia tych informacji, ograniczając się do przyjęcia do wiadomości stanowiska wykonawcy.

Ponadto wskazane w wyjaśnieniach elementy nie mogą mieć tak znaczącego wpływu na wysokość zaoferowanej ceny, jak przedstawia Jacek Wieczorek.

Kalkulując cenę oferty wykonawca powinien uwzględnić postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Cena oferty powinna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia w tym m.in. wszystkie ryzyka, koszty materiałów, pracy sprzętu i urządzeń, koszty wynagrodzenia pracowników itp. Jakość i sposób wykonania i odbioru prac dla każdej z usług został opisany w załączniku nr 10 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zwrócił się do Jacka Wieczorka o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wynikało to z faktu, iż opiewała ona na kwotę 13.797.428,01 złotych brutto, podczas gdy kolejna oferta na kwotę 17.916.576,35 zł, zaś oferta odwołującego na kwotę 20.913.615,47 złotych brutto. Zamawiający oszacował wartość zamówienia na 23,6 mln złotych brutto.

Zamawiający zażądał, aby wykonawca wyjaśnił, czy w cenie oferty uwzględnił wykonanie wszystkich czynności wyszczególnionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie zimowego utrzymania miasta, w tym: materiałów i pracy sprzętu, związane z wynagrodzeniem pracowników i inne koszty związane z zatrudnieniem, związane z ustawieniem skrzyń na piasek i wypełnienie ich i uzupełnianie mieszaniną środków chemicznych i niechemicznych, związane z osiągnięciem wymaganych standardów zimowego utrzymania określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, związane z organizacją ruchu na drogach podczas wykonywania prac. Zamawiający zażądał również wyjaśnień, jakie czynniki miały decydujący wpływ na kalkulację ceny na poziomie wskazanym w ofercie w odniesieniu do: pielęgnacji krzewów, oprysków chemicznych, ścinania i prześwietlania oraz usuwania drzew, utrzymania placów zabaw (mając w szczególności zapisy dot. codziennych przeglądów każdego z obiektów oraz codziennym ich oczyszczaniem), utrzymania ławek obejmującego malowanie, wymianę desek i szczebli, mycie ławek zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Zamawiający oczekiwał złożenia wyczerpujących wyjaśnień dotyczących powodów „zaoferowania tak niskiej ceny i przekonania go, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, a tym samym, że realne jest wykonanie przedmiotu zamówienia za podaną cenę”. Zamawiający zwrócił się również o wyjaśnienie, czy wykonawca uwzględnił zysk.

J..... W..... przesłał ww. wyjaśnienia, jednak zastrzegł je w przeważającej większości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. W oparciu o informacje nieujawnione można stwierdzić, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niskiej.

Wykonawca wskazuje na możliwość obniżenia ceny przez wskazanie elementów wyposażenia zakładu i kompetencji pracowników. Jednak wymóg posiadania magazynu soli dotyczył każdego wykonawcy. Oferta na dostawę soli dla J..... W..... nie kształtuje się w sposób niezwykle korzystny. Również faktu uzyskania certyfikatu ISO nie sposób uznać za element pozwalający na tak znaczne obniżenie ceny, przeciwnie – przestrzeganie zasad nakładanych przez tego typu procedury prowadzi do wzrostu kosztów działalności. Wszyscy wykonawcy dysponują kompetentnymi pracownikami.

J..... W..... przedstawia umowę z urzędem pracy dotyczącą skierowania na staż osób bezrobotnych, która wygasa w październiku 2013 r. dla 20 osób, nie wynika więc z tego żadna nadzwyczajna korzyść. Nie jest znana liczba faktycznie pracujących (pozostałych) stażystów. Z umowy tej również wynika zobowiązanie do zatrudnienia niektórych z tych osób na umowę o pracę na okres co najmniej 3 miesiące. Nie wiadomo, czy kolejny wniosek zostanie przez urząd pracy rozpoznany pozytywnie.

Na podstawie wyjaśnień i porównania cen dla kluczowych elementów oferty można stwierdzić, że nie jest realne wykonanie niektórych usług oraz że ceny niektórych elementów są nierealne i wymagają np. nadzwyczaj korzystnych warunków pogodowych, tj. braku opadów śniegu w sezonie zimowym. J..... W..... popełnił rażące błędy w metodologii obliczenia ceny i musiał przyjąć zupełnie nierzeczywiste założenia. Zdaniem odwołującego wykonanie przedmiotu zamówienia w zaoferowanej cenie nie jest realne.

Największym czynnikiem kosztotwórczym jest realizacja przedsięwzięć związanych z zimowym utrzymaniem miasta. Na podstawie informacji prasowych można stwierdzić, że na odśnieżanie (kompleksowe utrzymanie zimowe) miasto Bytom wydaje ok. 5,5 mln złotych na jeden sezon zimowy. Zasadność tej kwoty wynika również z analizy danych miasta Bytom, według których koszt zimowego utrzymania dróg od 1 listopada 2012 r. do 31 grudnia 2012 r., wyniósł 1.223.500 zł. Orientacyjny koszt utrzymania pasa drogowego od 1 do 13 stycznia 2013 r. wyniósł 350.000 zł. Koszt utrzymania terenów poza ulicami w tym okresie wyniósł 26.355,34 zł. Zatem koszt utrzymania zimowego w Bytomiu za jeden sezon wynosi między 4 a 5 mln złotych. Natomiast cena zaoferowana przez J..... W..... za dwa pełne sezony utrzymania zimowego wyniosła 5.981490,81 zł brutto.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia w ramach pielęgnacji krzewów konieczne jest wykonanie następujących prac: cięcie formujące krzewów żywoplotowych, krzewów pielęgnacyjnych, odchwaszczanie powierzchni gruntu pod krzewami, nawożenie wiosenne, uzupełnianie na bieżąco warstwy kory (ściółki) pod krzewami, podlewanie krzewów w niekorzystnych warunkach atmosferycznych. Wartość tej pozycji w ofercie odwołującego

wyniosła 361.770,15 zł brutto, drugi z wykonawców wycenił te prace na 463.001,00 zł brutto, a oferta J..... W..... wyniosła 142.400,3 zł brutto.

Zdaniem odwołującego nie ma możliwości wykonania tych wszystkich prac za cenę zaoferowaną przez J..... W....., w związku z tym, iż nie istnieją rozwiązania techniczne, które umożliwiłyby tak znaczne obniżenie kosztów. Trudno sobie wyobrazić tak znaczną różnicę w poziomie wynagrodzeń pracowników u różnych wykonawców, a także w cenach niezbędnych do zakupu materiałów. Podobnie w odniesieniu do oprysków chemicznych. Wycena tej pozycji wyniosła odpowiednio 42.630,36 zł u odwołującego, 20.330,00 zł u drugiego wykonawcy oraz 6.622,80 zł u J..... Wi..... Taka wartość musi budzić uzasadnione podejrzenie co do dokonania właściwej wyceny, przede wszystkim z uwagi na koszt samych środków chemicznych.

Zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia średnie miesięczne koszty utrzymania placu zabaw w Bytomiu wynosiły ok. 2000 zł/miesiąc za jeden plac. Dodatkowy koszt wykonania przeglądu z dopuszczeniem do eksploatacji to ok. 150 zł za przegląd jednego placu. Natomiast cena zaoferowana przez J..... W..... w przeliczeniu na jeden plac to 60-900 zł/miesiąc za jeden plac, tj. średnio miesięcznie ok. 296,40 zł za plac. W ramach czynności porządkowych zamawiający wymagał wykonania szeregu czynności, które wymagają zaangażowania kilku osób, w tym konserwatora posiadającego odpowiednie kwalifikacje oraz poniesienia nakładów materialnych na utrzymanie placów zabaw w wymaganym przez zamawiającego standardzie. Metody wykonania zamówienia i stosowane rozwiązania technologiczne mają charakter standardowy, niemal identyczny w przypadku wszystkich podmiotów ubiegających się o realizację zamówienia.

Skoro zawarcie umowy o staż bezrobotnych jest zdarzeniem niepewnym, zaś zawarte umowy wygasną przed faktycznym przystąpieniem do realizacji zamówienia, brak jest podstaw do twierdzenia, że J..... W..... udzielona została pomoc publiczna, która będzie miała wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Nie zachodzą również żadne wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia, które mogłyby zostać uznane za obiektywny czynnik powodujący obniżenie zaoferowanej ceny.

Biorąc pod uwagę obmiarowy charakter wynagrodzenia, wykonawcy zostanie wypłacona kwota jedynie za faktycznie zrealizowane usługi. Nie można zatem uwzględnić sytuacji, że pewna część wynagrodzenia, z uwagi na wyjątkowo sprzyjające warunki realizacji przedmiotu umowy, zostanie wypłacona pomimo braku konieczności realizacji któregoś z elementów usługi. Ponadto zaoferowane ceny we wszystkich elementach składowych są zaniżone w porównaniu do ofert pozostałych wykonawców i obowiązujących cen rynkowych, stąd odwołujący nie ma wątpliwości, iż nie będzie możliwe refinansowanie kosztów wykonania jednych składowych usług środków pochodzącymi z zysku osiągniętego na

realizacji innych pozycji tego kontraktu, w odniesieniu bowiem do całości ceny oferty należy stwierdzić, iż ma ona charakter rażąco niskiej.

Zamawiający zaniechał wykluczenia J..... W..... z postępowania pomimo złożenia nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania dotyczących realizacji usługi remontu i bieżącej konserwacji placu zabaw w ramach zadania „Zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32, przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie”, wskazanego w wykazie wykonanych usług. Z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, iż zakres prac nie obejmował remontu ani bieżącej konserwacji placu zabaw.

Zamawiający co najmniej zaniechał wezwania J..... W..... do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu lub wykonywaniu remontu i bieżącej konserwacji placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60 000 zł brutto.

Z załączonego do oferty „Wykazu głównych usług”, następnie uzupełnianego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wynika, iż podmiot ten zrealizował:

1. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 15.187,78 zł w ramach zadania „Utrzymanie parków i zieleńców oraz zieleni przyulicznej w mieście Ruda Śląska w dzielnicy Ruda”,
2. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 11.986,40 zł w ramach zadania „Konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze. Zadanie nr 1: Konserwacja terenów zieleni miejskiej oraz zimowe utrzymanie chodników w Zabrze w dz. Helenka, dz. Rokitnica, dz. Grzybowice, dz. Mikulczyce, dz. Biskupice, DK-4”,
3. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 18.034,36 zł w ramach zadania „Konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze. Zadanie nr 2: Konserwacja terenów zieleni miejskiej oraz zimowe utrzymanie chodników w Zabrze w dz. Śródmieście, dz. Maciejów, Park Hutniczy, oś. Kopernika, oś. M. Skłodowskiej-Curie, oś. W. Tatarkiewicza”,
4. remont placu zabaw o wartości 89.726,04 zł w ramach zadania „Zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32, przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie”,
5. remont placu zabaw o wartości 3.600,00 zł w ramach zadania „Usunięcie i przeniesienie urządzeń małej architektury”,
6. remont i bieżącą konserwację placów zabaw o wartości 26.931,00 zł w ramach zadania „Realizacja pakietu usług sanitarno-porządkowych i konserwacyjnych na terenie miasta Bytomia”.

Nie wszystkie z ww. zadań odpowiadają zakresowi warunku.

Z referencji wystawionych 11 czerwca 2012 r. przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska wynika, iż J..... W..... od 1 maja 2010 r. do 30 kwietnia 2012 r. realizował „usługi w zakresie utrzymania parków i zieleńców, miejskich terenów zieleni oraz zieleni

przyulicznej...”,

a zakres tych usług obejmował „utrzymanie terenów zieleni o powierzchni 415.707 m kw, w tym: utrzymanie parków i zieleńców 131.728 m kw, utrzymanie miejskich terenów zielonych 105.564 m kw, utrzymanie zieleni przyulicznej 178.415 m kw (w tym 124.831 m kw Drogowa Trasa Średnicowa)”. Można z nich wywnioskować, że wykonawca wykonał usługi polegające na utrzymywaniu terenów zielonych, a nie placów zabaw. Fakt należytego wykonania ich bieżącej konserwacji i remontów nie został w dokumencie referencji w żaden sposób potwierdzony.

Z referencji z 29 listopada 2012 r. wydanych przez Wydział Usług Komunalnych i Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Chorzowa wynika, iż J..... W..... w ramach zadania „Zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32, przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie” wykonał w sposób zgodny z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył następujący zakres rzeczowy: roboty przygotowawcze polegające na demontażu i utylizacji starych ławek, konstrukcji do gry w kosza, demontażu stołów do gry w ping-ponga, rozebranie nawierzchni asfaltowej, nawierzchni z kostki betonowej, bieżni do skoku w dal; wykonanie odwodnienia wraz z jego regulacją; wykonanie nawierzchni z bruku klinkierowego na pow. 607 m kw; budowa donic z cegły klinkierowej na pow. 116,5 m kw; wykonanie nawierzchni syntetycznej na pow. 278 m kw; zagospodarowanie terenu zielenią tj. wykonanie trawnika z gotowej darni na pow. 128,5 m kw, sadzenie drzew iglastych i liściastych; sadzenie krzewów iglastych, liściastych, wrzosowych i żywopłotowych; dostawa i montaż urządzeń zręcznościowych i sportowych.

Zdaniem odwołującego referencje te wskazują, że przedmiotem inwestycji były prace budowlane polegające na budowie nowego obiektu budowlanego (budowli) w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane, a nie remont. Poza tym jest to budowa typowego obiektu sportowego, nie placu zabaw.

Co do zadania wymienionego w punkcie 5., jego zakres, ujawniony w referencjach z 21 kwietnia 2011 r. wystawionych przez Wydział Infrastruktury Urzędu Miejskiego w Zabrzu również nie wskazuje, aby prace te dotyczyły remontu lub bieżącej konserwacji placów zabaw. Są to prace rozbiórkowe wraz z montażem niektórych pozyskanych tą drogą elementów na innych obiektach. Tego rodzaju rozbiórka i montaż nie mieszczą się w definicji remontu, bowiem prace remontowe wykonywane są na istniejącym obiekcie i polegają na odtwarzaniu stanu pierwotnego, a nie przenoszeniu elementów budowli (placu zabaw) i montowaniu ich w innym miejscu.

Zatem zamawiający zobligowany był przynajmniej do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, czego w tym zakresie zaniechał.

Oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i Wa..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodna z art. 82 ust. 2 tej ustawy, tj. z powodu niezachowania formy, w jakiej oferta powinna zostać złożona, a więc pisemnej pod rygorem nieważności. Ustanowiony przez członków konsorcjum pełnomocnik nie podpisał złożonej oferty – w miejscu na podpis upoważnionego przedstawiciela wykonawcy umieszczona została wyłącznie pieczęć „Właściciel W..... S.....”.

Zamawiający w rozdziale X specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu przygotowywania ofert” wyraźnie wskazuje: „Oferta, wszystkie oświadczenia i załączniki winny być podpisane i opieczetowane przez Wykonawcę. Oznacza to, że muszą być podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy, określoną we właściwym rejestrze lub innym dokumencie, właściwym dla formy organizacyjnej Wykonawcy...”

Pełnomocnik konsorcjum wprawdzie parafował wszystkie strony formularza, ale nie złożył podpisu pod zasadniczą częścią formularza ofertowego, zawierającą oświadczenie woli w zakresie zaproponowanej ceny (będącej podsumowaniem całości złożonej oferty). W świetle art. 78 § 1 k.c. do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Mając na uwadze powyższe, w niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, że odcisk pieczętki imiennej nie jest desygnatem pojęcia własnoręcznego podpisu. Skoro więc zamawiający wymagał zachowania formy pisemnej oferty, a wymóg ten koresponduje z bezwzględnie obowiązującym przepisem art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to niezachowanie tego wymogu, aktualizuje po stronie zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dla zachowania formy pisemnej oświadczenia woli niezbędne jest złożenie własnoręcznego podpisu pod dokumentem obejmującym jego treść.

W przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z brakiem zachowania właściwej formy złożonego oświadczenia woli z uwagi na brak własnoręcznego podpisu pełnomocnika konsorcjum. Nie mogą tego faktu zmienić ani parafowanie stron zawierających formularz cenowy, z uwagi na podstawową funkcję parafy (odmienną od podpisu), tj. potwierdzenia, że

osoba, która zamierza złożyć oświadczenie woli o określonej treści, zna i akceptuje tę treść (przed jego złożeniem, czyli złożeniem stosownego podpisu), ani okoliczność, iż w miejscu przeznaczonym do złożenia podpisu przez przedstawiciela wykonawcy wbita została pieczęć imienna pełnomocnika konsorcjum. Brak podpisu pełnomocnika konsorcjum pod złożoną ofertą spowodował również brak akceptacji postanowień umownych.

Zamawiający skierował do konsorcjum wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu potwierdzających, że konsorcjum będzie dysponować osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, w postaci pisemnych zobowiązań podmiotów, na potencjał których konsorcjum się powołuje, do oddania konsorcjum do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

W odpowiedzi konsorcjum złożyło m.in. dokumenty zatytułowane „pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji zasobów/osoby zdolnej do wykonania zamówienia”, w których, kolejno, W..... R.....zobowiązuje się do oddania konsorcjum zasobu w postaci: „Uprawnienia SEP kat. E do 1 kW – świadectwo kwalifikacyjne nr E/3400/210/11 ważne do 24.11.2016 r.” L..... N.....: „Uprawnienia SEP kat. E do 1 kW – świadectwo kwalifikacyjne nr 610”, a S..... S.....: „Zaświadczenie nr 1051/2012 o ukończeniu szkolenia w zakresie wykonywania niektórych czynności związanych z kierowaniem ruchem drogowym wydanym przez WORD w Katowicach – ważne do 10.08.2017 r., Zaświadczenie stwierdzające przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie o specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci sanitarnych z ograniczeniem do sieci wodociągowych i kanalizacyjnych z dnia 19.11.1993 r., zaświadczenie – członek Śląskiej Okręgowej Izby Inżynierów z dnia 18.12.2012r.”

Z powyższych dokumentów wynika, iż przedmiotem udostępnianego konsorcjum potencjału są świadectwa kwalifikacyjne i zaświadczenia. Taki zakres zobowiązania podmiotu trzeciego nie znajduje oparcia w przepisie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, który stanowi, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów. Dyspozycją tego przepisu nie są więc objęte uprawnienia i kwalifikacje, które mają charakter osobisty i nierozdzielnie związane są z konkretną osobą.

Dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców powołujących się na potencjał podmiotów trzecich zamawiający powinien dołożyć szczególnej staranności w ocenie realności takiego zobowiązania, jego treści i formy. Musi z niego w sposób jednoznaczny wynikać, kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie ono wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

J..... W....., jak i konsorcjum, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, korzystają z potencjału podmiotów trzecich, przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązania tychże podmiotów. Przedkładając zamawiającemu tego typu zobowiązania, wykonawcy ci powinni byli udowodnić, że składający takie oświadczenie w imieniu podmiotu trzeciego mają prawo do jego reprezentacji. Nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, dokument podpisany przez osobę nieuprawnioną, jak też dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał.

To na zamawiającym spoczywa obowiązek weryfikacji spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany on jest do wykorzystania wszelkich prawem dopuszczalnych środków, w szczególności instytucji uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu uzyskania pełnej wiedzy w tym zakresie. Zamawiający w żaden sposób nie zweryfikował tego, czy zobowiązania podmiotów trzecich przedstawiane przez obu wykonawców zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji tych podmiotów (w szczególności można tu wskazać takie podmioty trzecie jak: PBI Spółka Jawna S..... B..... T..... R....., Cagro sp. z o.o. w ofercie konsorcjum oraz W..... Sp. z o.o. w ofercie J..... W.....

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości ze względu na brak podstaw faktycznych i prawnych uzasadniających zarzuty i żądania odwołującego.

Co do zaniechania wyjaśnienia kwestii związanej z zastrzeżeniem przez J..... W..... jako tajemnicy przedsiębiorstwa znacznej części wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny – ani ustawa Prawo zamówień publicznych, ani orzecznictwo Sądu Najwyższego nie wskazuje na procedurę dokonania takiej weryfikacji. Nie można zgodzić się z odwołującym, że niewyjaśnienie kwestii zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przed wyborem najkorzystniejszej oferty w sposób negatywny wpłynęło na sytuację wykonawcy w zakresie dostępu do środków odwoławczych. Odwołujący miał dostęp do treści wyjaśnień w takim samym zakresie zarówno w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty, jak i po nim.

Wbrew twierdzeniu odwołującego zamawiający dokonał oceny zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa treści wyjaśnień i stwierdził, iż zastrzeżenie było uprawnione.

Jak podkreśla wykonawca, wszystkie zawarte w wyjaśnieniach informacje składają się na jedną spójną całość mającą bezsprzecznie wartość gospodarczą, dotyczą bowiem mechanizmów wypracowanych w wieloletniej praktyce firmy, służących na rynku konkurencyjnym zdobywaniu zamówień, wycenianiu usług.

Co do rażąco niskiej ceny – faktem jest, że w ramach ofert złożonych w postępowaniu zachodzi znacząca rozpiętość zaoferowanych cen, również w odniesieniu do kwoty, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Z tego powodu zamawiający

zastosował przewidzianą w ustawie Prawo zamówień publicznych procedurę wyjaśnienia ceny. Założone przez wykonawcę wyjaśnienia przesądziły, iż za zaoferowaną cenę możliwe jest wykonanie zamówienia bez zagrożenia dla jego prawidłowej realizacji. Powyższą różnicę cen uzasadnia m.in. fakt, iż wykonawca:

1. powiązał realizację usług ogrodniczych ze sprzętającymi, co pozwoliło zoptymalizować zatrudnienie pracowników i wykorzystanie środków trwałych, zredukować godziny nieproduktywne oraz koszty transportu do miejsca świadczenia usług,
2. posiada magazyn soli na terenie Bytomia, co w znacznym stopniu redukuje koszty ponoszone na dojazd (zamawiający zrezygnował z wymogu posiadania magazynu soli na terenie Bytomia),
3. posiada zbiornik paliw, który umożliwia korzystanie z hurtowych zakupów paliw z pominięciem pośredników oraz umożliwia samodzielną organizację dystrybucji do poszczególnych pojazdów,
4. posiada warsztat naprawczy pojazdów mechanicznych, dzięki czemu nie ponosi kosztów związanych z ich naprawą i konserwacją,
5. zaopatruje się w hurtowniach u sprawdzonych dostawców, korzysta z przedsezonowych zakupów,
6. jego koszty zarządu są niewspółmiernie mniejsze od kosztów w strukturach korporacyjnych, a także w stosunku do wykonawców współpracujących na zasadzie konsorcjum,
7. większość prac wykonywana jest mechanicznie, co zwiększa efektywność i ogranicza nakłady na pracę fizyczną,
8. od 1989 r. realizuje takie usługi na terenie Bytomia, a 98 % osób zatrudnionych to mieszkańcy Bytomia. Zatem doskonale rozpoznał przedmiot zamówienia, zna miasto, jego siatkę komunikacyjną, co poprawia logistykę jego działań, skraca czas reakcji, umożliwia płynną korektę działań.

Wykonawca przedstawił kalkulację uzasadniającą wysokość zaoferowanej ceny oraz wskazał, że w zaoferowanej cenie uwzględnił zysk na poziomie 6,5%.

Zdaniem zamawiającego różnica między cenami przedstawionymi w ofertach przez poszczególnych wykonawców jest naturalnym elementem strategii cenowej oraz konkurencji na rynku. Nie można również przyjąć, że cała oferta zawiera rażąco niską cenę wyłącznie na podstawie poszczególnych cen jednostkowych.

Co do zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-

SYSTEM”

B.....

S.....

i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... z powodu braku podpisu pod złożoną ofertą, to nieznana jest podstawa, z której odwołujący wywodzi, iż strony formularza oferty oznaczone zostały parafą, a nie podpisem W..... S..... Taki sam znak graficzny został złożony np. pod „Informacjami dodatkowymi” formularza oferty, na pełnomocnictwach, czy na oświadczeniu o braku podstaw do wykluczenia.

Brak podpisu pełnomocnika konsorcjum pod pierwszą częścią formularza oferty nie oznacza braku złożenia oferty w formie pisemnej. Podpis ten został bowiem złożony pod drugą częścią formularza oferty oraz na każdej stronie formularza cenowego stanowiącego wraz z formularzem oferty jednolitą całość. Podpis ten został złożony również na stronie zawierającej informacje właśnie o cenie oferty i terminie wykonania zamówienia.

Niezasadny jest również zarzut, iż brak podpisu pełnomocnika konsorcjum pod złożoną ofertą spowodował brak akceptacji postanowień umownych. Konsorcjum załączyło do oferty istotne postanowienia umowne w brzmieniu stanowiącym załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które każdy z konsorcjantów podpisał, a ponadto każdy z konsorcjanów złożył oświadczenie, że akceptuje zmiany wzoru umowy dokonane przed dniem składania ofert oraz jej aktualną treść.

Co do zaniechania wezwania J..... W..... do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym remontu i bieżącej konserwacji placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60.000,00 zł brutto oraz zaniechania wykluczenia go z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących zagospodarowanie części terenu Szkoły Podstawowej nr 32 przy ul. Kaliny 61 w Chorzowie – zgodnie z częścią V pkt 2 ppkt 2 lit. e specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca zobowiązany był wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje m.in. remont i bieżącą konserwację placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60.000,00 zł brutto. Usługi mogły być wykonane w ramach jednej lub kilku umów.

Odwołujący zakwestionował referencje wystawione przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska przedłożone na potwierdzenie należytego wykonania usługi wykazanej pod poz. 12 wykazu zarzucając, iż w dokumencie tym w żaden sposób nie został potwierdzony fakt wykonania bieżącej konserwacji i remontów placów zabaw.

Zarówno w orzecznictwie, jak i w doktrynie ugruntował się pogląd, iż dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi, dostawy czy robót budowlanych nie służy potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, a jedynie

potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Dokumentem służącym takiemu potwierdzeniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy składane w formie wykazu głównych usług. Brak jest zatem podstaw prawnych i faktycznych do uznania powyższego zarzutu.

Usługi wykazane pod poz. 12, 15, 16 i 19 w sposób wystarczający potwierdzają spełnienie warunku, gdyż ich łączna wartość wynosząca 72.139,54 zł przekracza wymagane 60.000 zł.

Odwołujący wskazuje, że przedmiotem udostępnianego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K.....

potencjału są różnego rodzaju świadectwa i zaświadczenia.

Jednak jest to wniosek nieprawidłowy, gdyż ocena spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu nie może opierać się tylko na podstawie fragmentu treści danego dokumentu. Zobowiązania podmiotu trzeciego należy badać w powiązaniu z wykazem osób, w treści którego, obok imienia i nazwiska, wykonawca zawarł również informacje na temat kwalifikacji, doświadczenia i wykształcenia danej osoby. Przytoczenie w treści zobowiązań określonych uprawnień czy świadectw miało na celu powiązanie danego dokumentu z konkretną osobą z wykazu. Świadczy o tym dalsza treść zobowiązań w brzmieniu: „Sposób wykorzystania zasobu: Wykonanie czynności w zakresie przedmiotowego zamówienia odpowiadających posiadanym uprawnieniom. Forma prawna łącząca strony: Po uzyskaniu zamówienia zostanie podpisana odpowiednia umowa cywilnoprawna pomiędzy stronami”.

Zamawiający pozytywnie ocenił spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zatem musiał stwierdzić m.in. iż zobowiązania podmiotów trzecich zostały podpisane przez uprawnione podmioty – albo osoby fizyczne osobiście, albo uprawnionych współników lub członków zarządu spółek.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

Zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia wyjaśnień J..... W..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J..... W..... dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w części zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, Izba uznała za częściowo uzasadniony.

Po zapoznaniu się z argumentacją J..... W..... dotyczącą powodów utajnienia tych informacji oraz z treścią tych dokumentów Izba stwierdziła, że jej zdaniem w większości nie zawierają one informacji organizacyjnych mających wartość gospodarczą, charakterystycznych tylko dla tego przedsiębiorcy. W wyjaśnieniach tych bowiem wykonawca wskazywał na ogólne czynniki ekonomiczne i zasady prowadzenia przedsiębiorstwa oraz minimalizacji kosztów znane każdemu ekonomiście czy przedsiębiorcy i – przynajmniej z założenia – wykorzystywane przez każdego przedsiębiorcę, takie jak: efekt skali, doświadczenie, najtańszy zakup materiałów (bez pośredników, hurtowy, przedsezonowy, rabaty), korzystanie ze sprawdzonych dostawców czy podwykonawców, optymalizacja wykorzystania sprzętu i pracowników, jak najkrótszy dojazd, własny magazyn, sprawdzone i doskonałe metody zarządzania, „kalkulacja rozsądnego zysku”, niski koszt zarządu, wykorzystanie własnego serwisu, wiarygodność płatnicza zamawiającego, korzystanie z programów aktywizacji osób bezrobotnych itd.

Przy tym należy zauważyć, że ze względu na „publiczny” charakter nie powinny być też utajniane informacje dotyczące – jak nazwał to wykonawca – „pomocy publicznej”, czyli umów z Urzędem Pracy w Bytomiu.

Niektóre obliczenia, np. zużycie soli drogowej, jak wskazał wykonawca, odnoszą się do norm przyjętych w stosownych rozporządzeniach, zatem tu również trudno mówić o informacjach mających charakter tajemnicy przedsiębiorstwa.

Również informacje dotyczące kosztów stałych, zmiennych i mieszanych mają charakter ogólnych rozważań ekonomicznych, a porównanie cen ma charakter odtwórczy.

Zdaniem Izby informacje te mogą być przez zamawiającego ujawnione po upływie terminu na wniesienie przez Jacka Wieczorka skargi do sądu na niniejszy wyrok. (Izba nie stwierdziła jednak wpływu uwzględnienia tego zarzutu na wynik postępowania.)

Za część mającą rzeczywiście cechy tajemnicy przedsiębiorstwa można uznać co najwyżej opis konkretnych zamierzeń optymalizacji kosztów i cen prac ogrodniczych (str. 29

wyjaśnień) oraz nazwiska konkretnych rzemieślników zawarte na str. 30 wyjaśnień (pod warunkiem, iż nie są one ujawniane np. w umowie z zamawiającym ani załączanym do oferty wykazie osób lub podmiotów trzecich przewidzianych do realizacji zamówienia).

Tajemnicę mogą stanowić także konkretne ceny uzyskiwane od dostawców czy podwykonawców (a więc i umowa, faktura, oferta cenowa), choć i tu należy zwrócić uwagę, że tajemnicą nie powinny być ceny wprost z cennika danego dostawcy dostępnego dla każdego potencjalnego klienta (należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji niedozwolone jest rzeczowo nieuzasadnione, zróżnicowane traktowanie niektórych klientów, więc ceny te mogą być znane wszystkim zainteresowanym wykonawcom).

Co do zarzutu nieprawidłowej oceny złożonych przez J..... W..... wyjaśnień dotyczących elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo że zaoferowana cena posiada charakter rażąco niskiej, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Izba przeanalizowała zarówno zaoferowane przez tego wykonawcę ceny oraz złożone wyjaśnienia, a także obszerną argumentację odwołującego, zamawiającego i J..... W....., skorzystała także w tym zakresie z opinii biegłego.

Pomimo tego nie jest w stanie stwierdzić, że za zaoferowane ceny jednostkowe nie da się prawidłowo wykonać zamówionego przez zamawiającego zakresu prac, a sama cena ma charakter ceny rażąco niskiej.

Niewątpliwie taka różnica cen, jaka zaistniała pomiędzy złożonymi ofertami, zawsze będzie wprowadzała element niepewności co do prawidłowego oszacowania i wycenienia prac, jednak argumentację przystępującego J..... W....., którą przedstawił w ramach postępowania odwoławczego, trudno uznać za chybiającą i odrzucić.

Tym samym, skoro Izba nie może stwierdzić jednoznacznie, że – choćby w jej przekonaniu – cena jest rażąco niska, musi zastosować swojego rodzaju zasadę *in dubio pro reo* (swojego rodzaju, gdyż nie jest to postępowanie karne) i uznać, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia tej oferty.

Co do samych wyjaśnień złożonych zamawiającemu przez J..... W..... oraz wskazanej przez odwołującego niejednoznaczności opinii biegłego, a także zawartych w tej opinii konkluzji biegłego co do poszczególnych elementów wpływających na obniżenie kosztów wykonania usługi – Izba również zauważyła te okoliczności.

Pomimo, że opinia biegłego tylko w niewielkim stopniu wyjaśnia czy odnosi się do spornej kwestii cen, Izba stwierdziła, że nie odrzuci jej jako dowodu, gdyż same komentarze do wyjaśnień J..... W..... uznała za prawidłowe. W tym zakresie Izba zgadza się z opinią biegłego – owszem, wskazane elementy niewątpliwie mogą wpływać na obniżenie

cen, jednak trudno wskazać konkretnie, o ile. Sama konkluzja również jest podobna: wykonanie zadań objętych ofertą Jacka Wieczorka w zakresie opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia po cenach ofertowych można uznać za realne, gdyż brak jednoznacznych podstaw do przyjęcia twierdzenia przeciwnego.

Oczywiście, J..... W..... w swoich wyjaśnieniach w niektórych pozycjach podaje konkretne kwoty owych oszczędności, ale trudno je zweryfikować odnosząc do cen z formularza oferty i tym samym nadal nie można rozstrzygnąć kwestii, czy poszczególne ceny z formularza ofertowego (cenowego), są adekwatne do czynności, które wykonawca ma za nie wykonać. Z drugiej strony trudno też te ceny zweryfikować odnosząc je do takich elementów jak roboczogodzina pracy pracownika, sprzętu, kosztu materiałów, zużycia paliwa itd.

Co do zarzutu zaniechania wykluczenia J..... W..... z postępowania z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania w zakresie realizacji usługi konserwacji placów zabaw, ewentualnie zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu w tej części wykonawca zobowiązany był wykazać, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał lub wykonuje m.in. remont i bieżącą konserwację placu lub placów zabaw na łączną kwotę co najmniej 60.000,00 zł brutto.

W „Wykazie głównych usług” J..... W..... wskazał usługi w tym zakresie w poz. 12. na kwotę 15.187,78 zł, poz. 15 na kwotę 11.986,40 zł, poz. 16. na kwotę 18.034,36 zł, poz. 17. 89.726,04 zł, poz. 18. na kwotę 3.600,00 zł, poz. 19. na kwotę 26.931,00 zł (nazwy zadań zostały wskazane w pierwszej części uzasadnienia).

W odwołaniu odwołujący zakwestionował usługi wymienione w pozycjach: 12. (remont i bieżąca konserwacja placów zabaw w mieście Ruda Śląska dzielnica Ruda na kwotę 15.187,78 zł), 17. (remont placu zabaw przy SP nr 32 ul. Kaliny 61 w Chorzowie na kwotę 89.726,04 zł) i 18. (remont placu zabaw w Zabrze na kwotę 3.600 zł) „Wykazu głównych usług”. Podczas rozprawy uznał, iż zarzut dotyczący pozycji 12. jest chybiony i podtrzymał zarzuty w stosunku do poz. 17 i 18.

Co do usługi wskazanej w poz. 12. wykazu J..... W..... przedstawił umowę z Miastem Ruda Śląska z 29 grudnia 2009 r., w której w § 5 wskazano ceny za m.in. następujący zakres prac: wymiana piasku w piaskownicach, uzupełnianie piasku w polu piaskowym, malowanie urządzeń zabawowych, wykonywanie napraw urządzeń zabawowych, usuwanie zdewastowanych elementów małej architektury (wyjaśnienie tych

pojęć zawarto w załączniku do umowy). Prace te można uznać za remont i konserwację placów zabaw.

Co do usługi z poz. 18 wykazu – J..... W..... przedstawił kserokopie referencji z 29 listopada 2012 r., 28 stycznia 2013 r. i umowy wraz z uzupełnieniem referencji z 7 października 2013 r. wskazujące na przyszłolny plac zabaw.

Co do usługi z poz. 17. wykazu – z dokumentów przedstawionych przez J..... W..... (oświadczenia z 10 października 2013 r. złożonego w imieniu Prezydenta Miasta Zabrze oraz umowy z Miastem Zabrze z 17 marca 2011 r.) wynika, że przedmiotem zamówienia nie był remont placu zabaw, jak wskazał J.....W..... w „Wykazie”, lecz usunięcie i przeniesienie urządzeń małej architektury w postaci elementów placów zabaw (piaskownic, huśtawek, przeplotni).

Należy przyznać rację odwołującemu, iż ten zakres prac nie odpowiada pojęciu „konserwacji i remontu” placu zabaw, zatem pozycja ta nie odpowiada warunkowi udziału w postępowaniu. Wynika to także z przedstawionych wraz z ofertą referencji Urzędu Miejskiego w Zabrzu, w których wskazano nazwę zamówienia i zakres prac nim objętych. Zatem, pomimo że prac tych nie można uznać za remont placu zabaw, jak zrobił to J..... W..... w „Wykazie głównych usług”, to należy to uznać za jego błędną kwalifikację tych prac, a nie złożenie nieprawdziwych informacji.

Z „Wykazu głównych usług” wynika, iż wartość usług niekwestionowanych przez odwołującego przekracza wymagane 60.000 złotych, zatem warunek należy uznać za spełniony.

Co do zarzutu dotyczącego braku weryfikacji osób, które podpisały zobowiązania, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie wskazał, iż dokonał takiej weryfikacji podając nazwiska osób, które podpisały owe dokumenty – osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą podpisujących się osobiście lub osób działających w imieniu spółek zgodnie z wpisem w KRS. Izba nie stwierdziła błędu tej weryfikacji.

Izba uznała za uzasadniony zarzut odwołującego dotyczący niezachowania formy pisemnej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod

nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... K....., H..... K.....
prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H.....
K.....

Z przepisu art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznacznie wynika, iż oferta musi być złożona w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Przepis ten niewątpliwie należy odczytywać przez pryzmat przepisów Kodeksu cywilnego o zachowaniu formy pisemnej i skutkach jej niezachowania, a więc m.in. art. 78 § 1, zgodnie z którym do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.

Konieczne jest zatem złożenie podpisu.

Jak przyjmuje doktryna i orzecznictwo (por. np. wyrok SN z 8 maja 1997 r. sygn. II CKN 153/97 czy wyrok NSA w Warszawie z 10 listopada 2006 r., II FSK 1144/05 oraz komentarze do Kodeksu cywilnego) podpis jest to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem; nie musi on być też czytelny. Powinien jednak obejmować co najmniej nazwisko, choćby w formie skróconej i nieczytelnej.

Przepis art. 78 Kodeksu cywilnego skorelowany jest z art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego, z którego wynika, że dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie.

Konieczność własnoręczności podpisu wynika z tego, że przy podpisie chodzi o udokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby, a przez to zapewnić bezpieczeństwo obrotu. Od podpisu należy odróżnić tzw. parafę, będącą skrótem podpisu, inicjałem lub znakiem graficznym. Oznacza ona potwierdzenie przez strony treści złożonych przez nie oświadczeń woli zawartych na danej karcie dokumentu, a także zakończenie tekstu. W obrocie parafowanie dokumentu oznacza także uzgodnienie treści umowy, jak również stanowi potwierdzenie sprawdzenia czy akceptacji dokumentu przez określoną osobę.

W oczywisty sposób własnoręcznego podpisu nie może zastąpić nie tylko faksymile, ale tym bardziej pieczęć, nawet imienna. Na tle wymogów dotyczących podpisu, nie można za podpis uznać także połączenia takiej pieczęćki z parafą – jakkolwiek by to nie było rozpowszechnione w obrocie.

Wymóg opatrzenia dokumentu podpisem jest niewątpliwie związany z bezpieczeństwem obrotu, które ustawodawca zdecydował się chronić w dodatkowy sposób i ma on znaczenie zwłaszcza przy dokumentach, dla których ze względu na ich ważność dla obrotu ustawodawca przewidział formę szczególną z nadaniem jej rygoru nieważności.

Zdaniem Izby, póki ustawodawca lub choćby Sąd Najwyższy – ze względu na jej powszechność – nie zdecydują się „konwalidować” praktyki polegającej na posługiwaniu się

pieczęcią z parafą i postawić jej ponad bezpieczeństwem obrotu, istniejąca obecnie definicja podpisu powinna być zachowywana przy stwierdzaniu, czy dany znak graficzny jest podpisem.

W kwestionowanej ofercie nie ma wątpliwości, iż w miejscu przewidzianym przez zamawiającego na podpis „główny”, czyli kończący tekst oferty (wskazuje na to także miejsce na datę jej sporządzenia), została postawiona jedynie pieczęć imienna Waldemara Stracha, brak jest tam natomiast jakiegokolwiek znaku graficznego o charakterze podpisu czy parafy. Zatem w tym miejscu oferta nie została podpisana ani choćby parafowana.

Pod owym miejscem na podpis znajduje się dalsza część tekstu zatytułowana „Informacje dodatkowe”, pod którą zamawiający również przewidział miejsce na podpis. Ponieważ jest to ostatnie miejsce na podpis w formularzu oferty (pod całym tekstem oferty), należy uznać, że znajdujący się w tym miejscu podpis jak najbardziej spełniałby wymogi, że podpis powinien być złożony pod tekstem oświadczenia woli.

Jednak w miejscu tym znajduje się pieczęć imienna W..... S..... oraz znak graficzny nie wykazujący podobieństwa do konkretnych liter alfabetu łacińskiego. Według opisu biegłego składa się on z trzech elementów graficznych: pierwszy element zawierający przewinięcie pętlicowe, drugi w postaci dwuelementowego wydłużonego trzonu oraz trzeci w formie krótkiej linii o przebiegu pionowym (str. 4 opinii).

Znak ten, zdaniem Izby, należy zakwalifikować jako parafę, gdyż nie odpowiada przywołanej powyżej definicji podpisu. O ile bowiem jest na tyle skomplikowany, że poprzez grafologiczne badania porównawcze da się go zidentyfikować/zakwalifikować jako pochodzący od danej osoby (W..... S.....), np. poprzez modelunek przewinięcia pętlicowego czy sposób wyprowadzania końcowej pionowej grammy, to w żaden sposób nie przedstawia on nazwiska W..... S....., nawet w formie skróconej czy nieczytelnej.

Obie te kwestie zostały potwierdzone opinią biegłego grafologa powołanego przez Izbę.

Przy tym, co do treści opinii biegłego – należy zwrócić uwagę, iż inaczej definiowany jest podpis w znaczeniu prawnym (wyżej wskazane stanowisko doktryny i orzecznictwa odróżniające podpis od parafy), a inaczej w znaczeniu kryminalistycznym, gdzie parafę uznaje się za najbardziej skrócony podpis, gdyż badane jest nie jej prawne znaczenie, lecz możliwość określenia jej autentyczności (str. 5 i 6 opinii biegłego).

Jakkolwiek należałoby w tym miejscu zwrócić uwagę, iż, zdaniem Izby, wymóg, by podpis odzwierciedlał nazwisko podpisującego (np. K..... czy N.....), musi mieć także na celu to, by adresat dokumentu wiedział, że dany znak graficzny pochodzi od osoby o danym nazwisku bez uciekania się do pomocy grafologa i stosowania przez niego mikroskopowych metod porównawczych.

W odniesieniu do argumentacji zamawiającego i przystępującego konsorcjum należy zwrócić uwagę, iż wymóg złożenia podpisu dotyczy właściwie tylko owego jednego podpisu

kończącego dokument. A zatem powinien on się znajdować w którymś z miejsc na str. 11 formularza oferty. Gdyby znajdował się na miejscu wyższym, nie miałoby znaczenia, że część „Informacje dodatkowe” została jedynie parafowana (nie są one ważne dla treści oferty). I na odwrót – gdyby podpis znajdował się pod częścią „Informacje dodatkowe”, znajdowałby się w prawidłowym miejscu – pod treścią oferty.

Nie ma też znaczenia, że wykonawca parafował każdą stronę oferty – jest to powszechnie praktykowane i brak jest wymogu, by każda strona została podpisana. A przy tym nie zmienia to faktu, że parafa nie jest podpisem.

Należy też zwrócić uwagę, iż mimo wymogu pisemności, rygorem nieważności została objęta jedynie oferta (oferta *sensu stricto*), a nie inne dokumenty, np. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (które zresztą, w przeciwieństwie do oferty, można uzupełniać).

Jak wynika z zasad prawa cywilnego, rygor nieważności powoduje, że ofertę należy uznać za w zasadzie nieistniejącą. Zatem nie mają znaczenia inne „mankamenty” przedstawionych przez konsorcjum dokumentów, wskazane przez odwołującego.

Jednak z praktyki postępowań wynika, iż taka oferta jest odrzucana w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 1 i/lub 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – jako niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych lub nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z punktu widzenia procedury udzielania zamówień publicznych nie jest to błąd, a pozwala zachować „porządek” w liczbie ofert, które wpłynęły do zamawiającego.

Zatem zamawiający powinien odrzucić tę ofertę, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 82 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego.

Ponieważ jednak oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Prywatny Zakład Oczyszczania Miasta W..... S....., Zakład Robót Drogowych Orfin Sp. z o.o. Sp.k., B..... S..... i W..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Oczyszczania, Wywozu i Utylizacji Nieczystości „EKO-SYSTEM” B..... S..... i W..... S....., B..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych B..... H..... K..... prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych H..... K..... nie jest ofertą uznaną za najkorzystniejszą, a J..... W....., jak wynika z jego zachowania, wciąż deklaruje chęć zawarcia umowy z zamawiającym, obecnie brak jest wpływu uznania przez zamawiającego tej oferty za prawidłową na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uwzględni odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ

na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ Izba nie stwierdziła wpływu ww. naruszeń na wynik postępowania, orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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).

Przewodniczący: